UNIVERSITÉ DE LAUSANNE — FACULTÉ DE DROIT

La concession de service public

Etude de droit fédéral et de droit vaudois

Thèse

de licence et de doctorat
présentée à la Faculté de droit de l'Université de Lausanne
par

Michel Hanhardt
licencié en droit

1977
Imprimerie Vaudoise
Lausanne

La concession de service public

Etude de droit fédéral et de droit vaudois

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546809_0052

UNIVERSITÉ DE LAUSANNE — FACULTÉ DE DROIT

La concession de service public

Etude de droit fédéral et de droit vaudois

Thèse

de licence et de doctorat
présentée à la Faculté de droit de l'Université de Lausanne
par

Michel Hanhardt
licencié en droit

1977
Imprimerie Vaudoise
Lausanne

IMPRIMATUR

Le Conseil de la Faculté de droit, sans se prononcer sur les opinions de l'auteur, autorise l'impression de la thèse de M. Michel Hanhardt, candidat à la licence et au doctorat en droit, intitulée : « La concession de service public. Etude de droit fédéral et de droit vaudois ».

Le doyen de la Faculté de droit :
Pierre Moor.

Lausanne, le 16 juin 1977.

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Nous prions M. le professeur Pierre Moor de trouver ici l'expression de notre reconnaissance pour les précieux conseils qu'il nous a prodigués et l'extrême obligeance qu'il nous a témoignée.

Abréviations

CO	Code des obligations du 30 mars 1911
Cst	Constitution fédérale
FF	Feuille fédérale
FJS	Fiche juridique suisse
JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
JT	Journal des Tribunaux
LChf	Loi fédérale sur les chemins de fer du 20 décembre 1957
LPA	Loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968
LRCF	Loi fédérale sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires, du 14 mars 1958
LSP	Loi fédérale sur le service des postes du 2 octobre 1924
MBVR	Monatschrift für bernisches Verwaltungsrecht und Notariatwesen
OJF	Loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943
ONA	Ordonnance sur la navigation aérienne du 14 novembre 1973
RDS	Revue de droit suisse
RO	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RT	Recueil des pièces officielles relatives aux transports suisses, recueil des transports
aRT	ancien Recueil des pièces officielles relatives aux chemins de fer suisses
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats und Gemeindeverwaltung

Droit français

T.C.	Tribunal des conflits
C.E.	Conseil d'Etat
Cass. crim.	Cour de cassation, chambre criminelle
Recueil	Recueil Lebon, recueil des décisions du Conseil d'Etat
D.	Recueil Dalloz
S.	Recueil Sirey

Avant-propos

L'expression *service public* est à la mode ; elle est utilisée pour qualifier des activités aussi différentes que la défense nationale, la justice, l'enseignement, les transports publics et les services industriels. L'élément essentiel dans la définition du service public est constitué par la notion d'intérêt général et de besoin de la collectivité à satisfaire ; on pourrait dès lors s'attendre à ce que toutes les activités de cette nature soient prises en charge directement par l'Etat, de manière à en assurer un fonctionnement satisfaisant. Toutefois, on constate que, dans la réalité, la gestion de certains services publics est confiée à des tiers, personnes physiques ou morales de droit privé ou public ; le procédé le plus classique de collaboration des particuliers aux services publics s'exprime dans le système de la concession. S'agissant de l'exploitation d'un service public, l'exercice d'une telle activité ne peut être abandonné entièrement au bon vouloir du concessionnaire. La concession de service public va ainsi être soumise à un régime juridique spécial qui doit concilier deux données contradictoires : la première est que l'activité concédée doit être exploitée dans l'intérêt général ; la deuxième est que le gérant du service public est un particulier — par rapport à l'administration — qui poursuit des intérêts privés. Il nous a paru intéressant de voir si et comment la conciliation de ces deux données pouvait être réalisée.

La concession de service public, comme mode de gestion des services publics, revêt une importance économique indéniable ; on le rencontre, dans le système juridique suisse, dans des domaines aussi essentiels que les transports et la distribution d'eau et d'énergie. On n'imagine guère en effet que l'économie d'un Etat moderne puisse fonctionner sans énergie ni moyens de transport pour acheminer notamment les matières premières jusqu'aux lieux de production et les biens manufacturés jusqu'aux consommateurs. De même la vie et la viabilité de certaines régions du pays peuvent être liées très étroitement à l'existence et à l'exploitation d'un service public ; il suffit pour s'en convaincre de songer à l'émoi causé récemment dans le canton de Vaud par l'annonce d'une éventuelle suppression, sur proposition de l'Office fédéral

des transports, de trois lignes de chemins de fer secondaires concédées (chemins de fer Nyon - Saint-Cergue - La Cure ; Aigle-Ollon-Monthey-Champéry et Aigle-Sépey-Diablerets) et leur remplacement par un service de transport par automobiles, certes moins déficitaire, mais n'assurant pas, notamment en ce qui concerne le transport des marchandises, des prestations équivalentes.

Aucune théorie générale du service public n'a été développée jusqu'à aujourd'hui ni en droit suisse, ni en droit allemand ; force nous sera par conséquent de nous inspirer du droit administratif français, dont la notion de service public constitue l'un des fondements et l'un des critères d'application.

Notre thèse est divisée en deux parties ; la première est consacrée essentiellement à établir une notion du service public en droit suisse et à déterminer quels sont les services publics qui peuvent faire et font l'objet de concessions. Dans la deuxième, nous étudierons plus particulièrement la nature juridique de la concession, les droits et les obligations du concessionnaire ainsi que la nature et le contenu des relations que ce dernier établit avec les usagers.

PREMIÈRE PARTIE

La concession de service public

1. Le service public

La notion de service public a, avant tout, été développée dans la doctrine française de droit administratif ; le droit suisse ne connaît pas, à proprement parler, de concept juridique semblable. Il convient donc tout d'abord d'étudier, dans ses grandes lignes, cette notion en droit français et de voir ensuite si et dans quelle mesure elle est transposable dans l'ordre juridique de notre pays.

11. **La notion de service public en droit français**

111. *Définition*

Deux conceptions de la notion de service public ont été dégagées dans la doctrine administrative française : une conception matérielle et une conception organique [1]. La première définit le service public comme une activité exercée par une collectivité publique en vue de donner satisfaction à un besoin d'intérêt général. Selon cette définition, le service public est donc caractérisé par la notion d'intérêt public et par l'idée de prestations à fournir à la collectivité ; la satisfaction d'un besoin d'intérêt général est d'ailleurs le but de la création d'un service public [2]. La deuxième entend, par service public, l'appareil administratif qui le gère et le dirige.

Ces deux sens donnés à l'expression « service public » ne s'excluent pas l'un l'autre ; au contraire, ils se recouvrent parfaitement partout où l'Etat

---

[1] De Laubadère, I, p. 536 ; Vedel, p. 610, 611 ; Waline, p. 663 ; Rivero, p. 379, 380 ; Duez et Debeyre, p. 535 ; de Laubadère, *Manuel,* p. 19 ; Grisel, p. 46 ; Zwahlen, *RDS* 1958, II, p. 498 a.

[2] De Laubadère, I, p. 538 ; Waline, p. 663.

prend directement à sa charge la gestion d'un service public. Cependant, l'exercice de nombreuses activités d'intérêt général étant souvent confié à des particuliers ou à des organismes privés, on admit la primauté de l'élément matériel sur l'élément organique ; ainsi, pour que l'on se trouve en présence d'un service public, il faut et il suffit que l'activité dont il s'agit soit exercée dans l'intérêt général et qu'elle ait été érigée en service public par l'Etat. La création d'un service public nécessite l'intervention du législateur [3]. Il peut être créé *ex nihilo* ou résulter de la transformation d'une activité privée préexistante [4]. La gestion d'un service public par une personne privée implique toutefois que cette dernière soit placée sous le contrôle et la surveillance de l'autorité administrative. En définitive, lorsqu'il y a service public, l'administration prend en charge l'activité dont il s'agit, soit en la gérant directement, soit en surveillant la manière dont elle est gérée.

112. *Les critères du service public*

Comment va-t-on reconnaître qu'une activité donnée constitue un service public ?

Le premier critère retenu par les auteurs et la jurisprudence française est celui de l'intention des gouvernants [5] : il appartient à l'Etat d'apprécier et de décider si la satisfaction d'un besoin d'intérêt général doit donner lieu à la création, par une loi, d'un service public. Cette activité est soustraite alors à l'initiative privée et, partant, soumise à un régime juridique particulier. Cela a notamment pour conséquence que le domaine des services publics n'est pas immuable ; son étendue peut varier selon les époques et selon les décisions des organes dirigeants de l'Etat : c'est la conception subjective du service public.

En admettant la conception subjective du service public, les auteurs et la jurisprudence ont implicitement rejeté deux théories : celle du service public par nature et celle du service public virtuel. Selon la première, seules seraient des services publics les activités relevant de l'essence même de l'Etat ; cette théorie était inexacte : en effet, les activités faisant l'objet de services publics ne sont pas les mêmes suivant l'époque et l'idéologie de l'Etat. Par ailleurs, le Conseil d'Etat français a toujours considéré les services industriels et commerciaux (distribution d'électricité et de gaz) comme de

---

[3] La doctrine n'est pas unanime sur ce point, voir à ce sujet : ch. 211.2.

[4] Cf ch. 211.2.

[5] Pour la conception subjective du service public, cf. DE LAUBADÈRE, I, p. 538, 539 ; CHEVALLIER, p. 15 ; DE LAUBADÈRE, *Manuel*, p. 23.

véritables services publics [6], malgré le fait qu'ils ne constituent pas des activités originelles de l'Etat. Selon la deuxième, toute activité présentant un caractère suffisamment évident d'intérêt général constitue déjà un service public, avec les obligations qui découlent de cette qualification, même si elle n'a pas été érigée par la loi en service public. Cette théorie est dangereuse ; elle donne en effet pouvoir à l'administration de décider qu'une entreprise privée est désormais considérée comme un service public et d'imposer à son exploitation des obligations extrêmement contraignantes.

Tout serait relativement simple si l'intention des gouvernants de créer un service public se manifestait clairement ; ce n'est malheureusement pas toujours le cas. Aussi la jurisprudence française a-t-elle retenu un certain nombre d'indices permettant de mettre en évidence et de révéler la volonté de l'Etat. Citons parmi eux : l'octroi à l'exploitant de prérogatives de droit public (droit d'exproprier et de prélever des taxes, pouvoir de police), le contrôle par la collectivité publique de la marche du service (par exemple, l'approbation des tarifs) et la stipulation de règles dérogeant au droit privé [7]. L'importance du régime juridique applicable pour la définition du service public a provoqué de nombreuses controverses.

Une partie de la doctrine [8] estimait en effet que seules les activités soumises à un régime exorbitant [9] pouvaient constituer des services publics ; cette théorie permettait de conférer à la notion de service public le rôle de critère unique pour l'application du régime administratif et pour la délimitation de la sphère de compétence de la juridiction administrative. Toutefois, l'admission par la jurisprudence de la gestion privée [10] des services publics a conduit certains auteurs [11] à nuancer ce principe. Ainsi, si la notion de service public reste une condition nécessaire à l'application du régime administratif et constitue l'un des critères de distinction entre le droit privé et le droit public, elle n'est pas suffisante, puisque certains services publics peuvent être gérés selon les principes du droit privé. En droit positif français, les services publics n'apparaissent donc plus comme classés rigoureusement en deux catégories dont l'une serait soumise intégralement au droit administratif et l'autre intégralement au droit privé. Le régime applicable aux services publics est mixte, composé de droit public et de droit privé, et ce, dans des proportions qui

---

[6] De Laubadère, I, p. 543 ; Chevallier, p. 16.

[7] De Laubadère, I, p. 540 ; de Laubadère, *Manuel,* p. 24.

[8] Cette théorie a été développée par l'« Ecole du service public » dont les principaux représentants furent Duguit, Jèze et Bonnard, cf. de Laubadère, I, p. 44.

[9] C'est-à-dire à un régime exorbitant par rapport aux règles du droit privé.

[10] C'est-à-dire l'emploi de moyens de gestion privée dans le service public.

[11] De Laubadère, I, p. 542 ; Chevallier, p. 18.

varient : « . . . le régime exorbitant n'est applicable que dans la mesure nécessaire pour atteindre le but assigné au service : il y a une corrélation étroite entre le but de l'activité et la dose de droit public qui caractérisera son régime » [12]. En résumé, le service public est une activité d'intérêt général gérée par l'administration ou par une personne privée, à condition que celle-ci soit investie de cette tâche par les pouvoirs publics et soumise à leur contrôle.

113. *Les différents services publics en droit français*

La distinction essentielle est celle que la doctrine et la jurisprudence font entre les services publics administratifs et les services publics industriels et commerciaux ; elle a été instaurée par le célèbre arrêt du « Bac d'Eloka » [13]. Les services publics administratifs y ont été définis comme ceux qui sont de la nature, de l'essence même de l'administration publique, par opposition aux services industriels et commerciaux, qui sont de nature privée, mais qui sont entrepris par l'Etat parce qu'aucun particulier ne s'en est chargé ou qu'il importe de les assurer, à cause de l'intérêt qu'ils présentent pour la collectivité.

Par la suite, au critère de distinction basé sur le caractère de l'activité qui fait l'objet d'un service public, la jurisprudence en a ajouté d'autres, qu'elle a souvent combinés ; ainsi le critère de l'origine des ressources et des modalités de fonctionnement du service public. Dans la pratique, la distinction entre les services administratifs et les services industriels s'est encore compliquée par le fait que la jurisprudence a admis qu'un même organisme pouvait revêtir les deux qualités ; à propos de chacun des actes de cet organisme, il conviendra de se demander s'il se rattache à son activité administrative ou à son activité industrielle et commerciale. Parmi les critères propres à permettre de distinguer les services publics administratifs des services industriels et commerciaux, l'intention des pouvoirs publics créateurs du service public ne doit pas être sous-estimée ; en effet, si le service fonctionne dans des conditions similaires à celles que l'on rencontre en droit privé, cela démontre que les pouvoirs publics ont voulu créer un service industriel et commercial. Un certain nombre d'indices propres à révéler l'intention des pouvoirs publics devront être examinés ; il en est ainsi notamment des modalités d'organisation interne, des règles financières et comptables et des procédés de gestion du service public [14]. Ainsi, deux conditions au moins doivent

---

[12] CHEVALLIER, p. 18.

[13] T.C., Société commerciale de l'Ouest africain, 22 janvier 1921, *Recueil*, p. 91, S.1924.3.34, et D.1921.3.1.

[14] CHEVALLIER, p. 57 ; DE LAUBADÈRE, I, p. 577.

être remplies pour qu'un service public soit industriel et commercial : son objet doit consister en une activité industrielle et commerciale, et son fonctionnement doit être assuré dans des conditions similaires à celles du droit privé. Si tel n'est pas le cas, le service public doit être considéré comme administratif.

La distinction a une grande influence sur le régime juridique applicable et, partant, détermine la juridiction compétente. En principe, les services administratifs sont soumis à un régime de droit public et à la compétence de la juridiction administrative [15] ; ainsi, par exemple, les agents du service sont des fonctionnaires, les biens affectés au service font partie du domaine public, et les contrats passés par le service sont des contrats de droit administratif. Toutefois, la présomption d'application du droit public tombe lorsque les autorités administratives recourent aux procédés du droit privé [16] ou que le fonctionnement du service administratif est identique à celui d'institutions de droit privé similaires [17]. Quant à l'usager, il se trouve, par rapport au service public administratif, dans une situation légale et réglementaire.

Quant aux services industriels et commerciaux, ils sont soumis à un régime mixte, composé d'une part d'éléments de droit privé, en raison de leur caractère commercial et, d'autre part, d'éléments de droit public, en raison de leur qualité de service public [18]. Toutefois, l'application du droit privé est présumée [19]. Ainsi, le personnel du service est dans une situation juridique de droit privé [20], à l'exception de l'agent de direction et du chef de la comptabilité [21], qui sont considérés comme des fonctionnaires ; de même, l'activité du service public industriel et commercial est, en principe, soumise au droit commun. Par ailleurs, les usagers sont, par rapport au service, dans une situation contractuelle ; leurs relations reposent sur un contrat de droit privé. En revanche, la jurisprudence admet, sous certaines conditions, que le service industriel et commercial puisse conclure des contrats de droit administratif [22].

Mentionnons, pour terminer, deux autres catégories de services publics : les services publics *sociaux,* dont l'objet consiste à fournir à leurs bénéficiai-

---

[15] Chevallier, p. 61 ; de Laubadère, I, p. 574.

[16] De Laubadère, I, p. 574 ; Chevallier, p. 62, 63.

[17] T.C., Naliato, 22 janvier 1955, *Recueil,* p. 614, *Revue de droit public,* 1955, p. 716 ; D. 1956, p. 58.

[18] De Laubadère, I, p. 579.

[19] De Laubadère, I, p. 400.

[20] Waline, p. 84 ; de Laubadère, I, p. 579, 580 ; Chevallier, p. 65 ; C.E., Jalenques de Labeau, 8 mars 1957, *Recueil,* p. 158, S. 1957, p. 256, D. 1957, p. 378.

[21] Chevallier, p. 66 ; de Laubadère, I, p. 580.

[22] De Laubadère, I, p. 580.

res des prestations sociales, et les services publics *professionnels* ou *corporatifs*, parmi lesquels on distingue les services publics de *dirigisme économique* [23] et les *ordres professionnels* [24]. Le régime juridique des premiers relève du droit privé ou du droit public, selon leurs modalités d'organisation et de fonctionnement [25] ; quant à celui des ordres professionnels, il est mixte : le droit public s'applique à leur activité de service public et le droit privé à leur structure et à leur fonctionnement interne.

12. **La transposition de la notion de service public en droit suisse**

L'absence de théorie générale en la matière dans notre droit administratif n'empêche pas l'existence d'activités qui réunissent, dans notre pays, tous les éléments de la définition du service public, telle qu'elle a été développée en droit français. En effet, de nombreuses activités d'intérêt général sont soustraites à la liberté du commerce et de l'industrie [26] et, partant, soumises à un régime juridique particulier [27], parce qu'elles ont été jugées trop essentielles pour être laissées à l'initiative privée. Elles font l'objet soit de monopoles de droit, lorsque leur exercice est réservé, de par la loi, à la corporation publique, soit de monopoles de fait, lorsque leur exercice suppose l'utilisation nécessaire du domaine public, sur lequel l'Etat possède la souveraineté. En fait, la monopolisation [28] par l'Etat de certaines activités reconnues d'intérêt général revient à créer des services publics. Le mode choisi par l'Etat pour gérer le service public importe peu ; en effet, la collectivité crée aussi bien un service public lorsqu'elle gère directement l'activité d'intérêt général que lorsqu'elle en confie l'exercice à un tiers, sous son contrôle.

On constate donc que la notion de service public telle qu'elle a été définie en droit administratif français est transposable en droit suisse ; cela ne signifie naturellement pas qu'un service public soit créé, dans notre pays, de la même manière qu'il l'est en France, ni qu'une activité considérée en droit français comme un service public le soit forcément en droit suisse, ou encore qu'un régime juridique en tout point semblable à celui déterminé par nos

---

[23] Ces services publics ont été créés pendant la guerre : ils ont disparu dès 1945.

[24] Les ordres professionnels ont pour tâche de représenter une profession, mais aussi de faire régner l'ordre et la discipline parmi leurs membres.

[25] Pour l'analyse détaillée de leur régime juridique, cf. DE LAUBADÈRE, I, p. 586 ss.

[26] Article 31 Cst.

[27] Nous étudierons ce régime en détail au ch. 5.

[28] Nous verrons quelles sont les conditions que doit satisfaire une activité d'intérêt général pour pouvoir être monopolisée par l'Etat, ch. 212.

voisins doive lui être appliqué chez nous. Une même notion de base peut en effet servir de point de départ à des systèmes juridiques qui peuvent différer.

En droit suisse comme en droit français, le domaine des services publics ne doit pas être considéré comme immuable ; toute activité, une fois les conditions légales réalisées, peut être érigée en service public, si elle correspond, à un moment donné, à un besoin de la collectivité. A ce sujet, il est symptomatique de constater l'accroissement du nombre de tâches dont la corporation publique s'est peu à peu chargée et la transformation de l'Etat policier en un Etat de prestation.

Comme en droit français, il est possible, selon nous, de distinguer parmi les services publics, ceux qui sont administratifs de ceux qui sont industriels et commerciaux. Nous classerons ainsi parmi les services industriels et commerciaux ceux qui ont pour objet une activité économique et dont le fonctionnement est analogue à celui d'une entreprise privée ; peu importe qu'ils soient gérés par l'administration ou par des tiers (particuliers, personnes morales de droit privé ou public). Nous qualifierons d'administratifs tous les services publics ne correspondant pas à cette définition. Notre droit positif reconnaît expressément la qualité de service public à certaines activités industrielles et commerciales. Il en est ainsi, par exemple, à l'article 41 de l'ordonnance du 9 août 1972 concernant la navigation soumise à concession ou à autorisation [29], qui dispose, à son alinéa premier, que l'exploitation d'une entreprise de navigation « doit correspondre aux exigences d'un service public », et à l'article 50 de la loi fédérale sur les chemins de fer du 20 décembre 1957 [30], qui précise incidemment, en énumérant les obligations qui leur sont imposées, que les chemins de fer sont des services publics.

De la qualité de service public d'une activité découlent certaines conséquences juridiques dictées par le souci de la préservation de l'intérêt général. Nous allons les examiner dans le paragraphe suivant.

13. **Les principes régissant le fonctionnement des services publics**

131. *Le principe de la continuité de l'exploitation du service public*

La doctrine française appelle également ce principe « la règle de la continuité du service public ». La justification en est celle-ci : si une activité a été érigée en service public, c'est parce qu'elle revêt un caractère particulièrement impérieux ; or, si cette activité est nécessaire à la vie de la commu-

[29] RS 747.211.1.

[30] RS 742.101.

nauté, il est impensable que le fonctionnement du service public soit intermittent ou, même, définitivement interrompu [31]. Par ailleurs, le service public jouissant, la plupart du temps, d'une position de monopole [32], l'usager n'a pas la faculté, par définition, de se procurer une prestation identique chez un concurrent ; il importe, par conséquent, que le service public soit continuellement exploité.

C'est en vertu de ce principe que l'administration d'une entreprise suisse de chemin de fer principal doit mettre en place un service de transports par cars, lorsqu'elle est dans l'impossibilité de faire circuler normalement un train prévu à l'horaire [33]. De même, c'est en vertu de ce principe que l'entreprise est tenue de desservir tout son réseau, y compris les lignes déficitaires. L'obligation d'exploiter ne peut être absolue ; nous étudierons sa nature et ses limites dans le chapitre consacré aux obligations du concessionnaire.

132. *La faculté pour chacun de pouvoir faire appel au service public*

Ce principe découle d'une règle plus large : celle de l'égalité des citoyens devant la loi et les autorités publiques [34]. Tout particulier, dès qu'il remplit les conditions d'utilisation (légales et réglementaires), a le droit d'obtenir la prestation que le service public fournit [35]. Ainsi, tout expéditeur, dès qu'il a acquitté la taxe postale, peut exiger de l'entreprise des postes qu'elle prenne en charge l'envoi qu'il lui confie et l'achemine à destination [36]. Il faut naturellement que son envoi soit conforme aux exigences posées par la législation sur le service des postes et ne soit pas l'objet d'une exception à l'obligation de transporter de l'entreprise des PTT [37]. Tout voyageur, dès qu'il s'est muni d'un titre de transport valable, est en droit d'être transporté par car postal, s'il ne tombe pas sous le coup de l'une des exclusions prévues par la loi [38]. La même obligation incombe, en principe, aux entreprises concessionnaires de transport par automobile et par chemin de fer ; il importe cependant, dans

---

[31] VEDEL, p. 612 ; WALINE, p. 706 ; GRISEL, p. 147.

[32] De fait ou de droit, peu importe.

[33] Art. 38 LChf.

[34] En France, l'égalité devant la loi est l'un des principes généraux du droit qui ont leur source dans la jurisprudence ; sa portée n'est pas différente de celle de l'art. 4 Cst : cf. DE LAUBADÈRE, I, p. 209 ; VEDEL, p. 187 ; WALINE, p. 465.

[35] DE LAUBADÈRE, I, p. 573 ; DUEZ et DEBEYRE, p. 559 ; WALINE, p. 706, 720 ; RIVERO, p. 389.

[36] Art. 4 LSP (RS 783.0).

[37] Art. 25 LSP.

[38] Art. 34 de l'ordonnance d'exécution I du 1er septembre 1967 de la LSP.

ces deux cas, de consulter les textes de concession pour en connaître exactement l'étendue. Nous constatons donc, au vu de ces quelques exemples, que l'obligation du service public de fournir sa prestation à quiconque le requiert n'est pas absolue : sa nature, son régime juridique et ses limites retiendront notre attention lorsque nous étudierons les obligations du concessionnaire.

133. *Le principe de la mutabilité du service public ou de son adaptation aux besoins*

Cette règle découle directement du principe du libre accès et de l'égalité des administrés devant le service public et, surtout, du caractère de service public que revêt l'activité dont il s'agit ; aussi son exploitation doit-elle être adaptée au fur et à mesure, de manière à pouvoir répondre aux demandes de prestations présentées par les usagers [39]. C'est ainsi qu'une entreprise de chemin de fer est « tenue de mettre en circulation les trains nécessaires pour assurer le service direct... » [40]. On retrouve d'ailleurs cette obligation reproduite dans les textes de concessions qui prévoient, de manière uniforme, que « les courses et les horaires répondront aux besoins ». L'article 12 de l'ordonnance d'exécution II de la loi fédérale sur le service des postes prévoit, dans le même ordre d'idée, qu'une concession de transport par automobile peut être modifiée « lorsqu'il s'agit de satisfaire, de la manière la plus appropriée, les besoins du trafic » [41]. En matière de navigation, l'ordonnance du 9 août 1972 [42] dispose que « l'exploitation doit répondre aux exigences d'un service public ».

Cette exigence d'adaptation ne se limite pas à une notion quantitative. De nombreux textes de lois [43] et de concessions prévoient en effet que le matériel roulant doit être construit, entretenu et renouvelé conformément aux exigences du trafic ; le législateur veut assurer ainsi la sécurité en général et la qualité des prestations fournies aux usagers.

Cette exigence d'adaptation, qu'elle concerne la quantité ou la qualité des prestations, ne peut être absolue, quel que soit le mode d'exploitation du service public. L'adaptation doit rester dans les normes du réalisable et ne pas mettre en péril l'équilibre financier de l'entreprise [44] ; on ne saurait en

---

[39] Duez et Debeyre, p. 557 ; de Laubadère, I, p. 573 ; Waline, p. 706.

[40] Art. 36 LChf ; voir également Nell, p. 47 ; Ruffy, p. 96 ss.

[41] RS 744.11.

[42] Art. 41 (RS 747.211.1).

[43] Art. 29 de l'ordonnance concernant la navigation soumise à concession ou à autorisation ; art. 36, 37 de l'ordonnance d'exécution II du 4 janvier 1960 de la LSP.

[44] De Laubadère, I, p. 564 ; Duez et Debeyre, p. 555.

effet reprocher ni à l'Etat, ni à un concessionnaire de ne pouvoir satisfaire la demande des usagers, si cette dernière a augmenté, en peu de temps, de manière exceptionnelle ou s'il n'a pu y faire face parce qu'il ne disposait pas, sans que sa responsabilité soit engagée, de moyens suffisants pour effectuer les investissements nécessaires. Nous examinerons les limites du principe d'adaptation dans le chapitre consacré aux obligations du concessionnaire.

Nous avons ainsi dégagé les trois caractéristiques de tout service public : le service public doit être exploité sans interruption, il doit être accessible à tous et adapté aux besoins des usagers. Nous retrouverons ces traits caractéristiques dans les textes légaux comme dans les concessions ; ils sont générateurs d'autant d'obligations à la charge du concessionnaire.

2. La concession de service public

21. **Les conditions de validité de la constitution d'un régime de concession**

211. *Le droit français*

211.1. *La liberté du commerce et de l'industrie*

En matière économique, le principe applicable est celui de la liberté du commerce et de l'industrie [45], qui garantit à chacun le droit de choisir et d'exercer l'activité lucrative qu'il entend. En droit français, la liberté du commerce et de l'industrie fait partie de la catégorie des libertés dites publiques, lesquelles sont placées sous la sauvegarde du législateur [46] ; en d'autres termes, l'accès à une activité professionnelle ou son exercice ne peuvent être limités, en principe, que par une loi adoptée par le Parlement.

La liberté du commerce et de l'industrie n'est toutefois pas illimitée ; les professions peuvent être réglementées dans la mesure où leur exercice risque de porter atteinte à l'ordre public, à la sécurité et à la salubrité publiques : ainsi, le Conseil d'Etat a admis que la circulation de véhicules publicitaires [47] dans une ville puisse être réglementée, que la projection d'un film déterminé puisse être interdite lorsqu'elle représente un danger pour l'ordre public [48] et que la profession de photographe ne puisse s'exercer « dans certaines rues ou à certaines heures où la circulation est particulièrement intense et difficile » [49].

---

[45] Ce principe a été consacré la première fois dans une loi des 2-17 mars 1971 ; voir également WALINE, p. 651 ; DUEZ et DEBEYRE, p. 539.

[46] Art. 34 de la Constitution du 4 octobre 1958.

[47] C.E., Pétronelli, 2 avril 1954, *Recueil*, p. 208.

[48] C.E., de Pichhof, 14 mai 1954, *Recueil*, p. 269, S. 1954.3.88.

[49] C.E., Ville de Rouen, 26 février 1960, *Recueil*, p. 154.

En revanche, ont été jugées illégales, la limitation permanente du nombre des spectacles cinématographiques dans une commune [50], l'interdiction et la soumission à autorisation de la circulation de voitures publicitaires dans les rues [51], l'interdiction générale et absolue de stationnement des véhicules transportant du gaz butane et propane [52]. Les mesures qui peuvent être prises par les autorités administratives sont donc comparables aux mesures de police telles que nous les connaissons dans notre pays.

Par ailleurs, la liberté du commerce et de l'industrie peut être limitée par les principes qui régissent l'utilisation du domaine public, lorsqu'une activité professionnelle s'exerce sur le domaine public et implique un usage privatif de ce dernier (terrasses de café, kiosques, distributeurs à essence, etc.). L'exercice d'une telle activité est alors subordonné à l'obtention d'une permission ou d'une concession [53] d'usage du domaine public. La jurisprudence a par ailleurs admis que l'octroi d'un droit d'usage privatif pouvait être subordonné à la satisfaction par le requérant d'obligations de service public lorsque l'activité s'exerçant sur le domaine public est d'intérêt général, et cela bien qu'elle soit couverte par la liberté du commerce et de l'industrie [54]. La liberté du commerce et de l'industrie est également restreinte par les interventions économiques de l'Etat. En vertu de l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958, les mesures interventionnistes doivent, pour être admissibles, être prévues par une loi, puisqu'elles constituent autant d'atteintes à la liberté du commerce et de l'industrie. Toutefois, le législateur a la faculté de déléguer certaines compétences à des organes administratifs ; par ailleurs, il est admis que certaines mesures d'intervention économique ne nécessitent pas forcément l'intervention du législateur : il en est notamment ainsi de celles qui touchent aux prix, domaine où les autorités administratives sont largement compétentes [55]. L'interventionnisme économique est considéré en lui-même comme un service public ; cette activité est exercée soit par les autorités administratives, soit par des services organisés spécialement à cet effet qui sont publics ou privés. Parmi les organismes publics d'intervention, citons le Service des alcools, l'Office national de la navigation, l'Office national interprofessionnel des céréales et le Fonds d'orientation et de régularisa-

---

[50] Voir l'arrêt cité à la note 48 ci-dessus.

[51] C.E., Pétronelli, 2 avril 1954, *Recueil,* p. 208.

[52] Cass. crim., 9 avril 1957, D. 1957, p. 449.

[53] Sur les cas d'application de la permission et de la concession, voir DE LAUBADÈRE, II, p. 186 ss.

[54] C.E., Compagnie maritime de l'Afrique orientale, 5 mai 1944, *Recueil,* p. 124, S.1945.3.15 ; C.E., 6 février 1948, Société Radio-Atlantique, *Revue du droit public,* 1948, p. 244.

[55] DE LAUBADÈRE, III, p. 476.

tion des marchés agricoles. Les organismes privés d'intervention doivent être agréés par l'Etat ou revêtir la forme de sociétés professionnelles ou interprofessionnelles ; un commissaire du gouvernement ou un contrôleur de l'Etat sont présents auprès de chacun d'eux [56].

La dérogation à la liberté du commerce et de l'industrie qui nous intéresse plus particulièrement est celle que constitue la création par l'Etat de services publics.

211.2. *La création de services publics*

Avant la promulgation de la Constitution de 1958, on considérait que seule une loi pouvait créer un service public, puisqu'il portait atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie, l'une des libertés publiques placées sous la sauvegarde du législateur ; en effet, la création d'un service public, lorsqu'elle se double d'un monopole [57], empêche les particuliers d'exercer une activité identique, ou, lorsqu'il n'y a pas de monopole, concurrence, avec tous les moyens d'une entreprise de l'administration, les entrepreneurs privés [58].

Or, dans la Constitution de 1958, la création d'un service public ne fait pas partie des matières réservées par l'article 34 au législateur ; l'article 37 de la Constitution prévoyant que « les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire », faut-il en déduire que la création d'un service public est de la compétence exclusive des autorités exécutives ? [59] Cette opinion serait trop absolue ; en effet, chaque fois que l'institution d'un service public porte atteinte à une liberté publique, elle doit forcément faire l'objet d'une loi [60].

Une fois le service public créé, l'Etat pourra soit en assurer lui-même l'exploitation (en l'intégrant au sein de l'administration ou en créant une régie ou un établissement de droit public), soit le concéder à des tiers, lorsque l'activité dont il s'agit satisfait à certaines conditions [61] ; c'est là le domaine de la concession de service public en droit français. Il faut remarquer que de nombreux titulaires de concession de service public bénéficient souvent

---

[56] De Laubadère, III, p. 487 ss.

[57] Les principaux monopoles de l'Etat sont constitués par le monopole des postes et télécommunications, de la radio, des pompes funèbres (monopoles des communes), du gaz et de l'électricité (monopoles dont bénéficient deux établissements de droit public, respectivement « Gaz de France » et « Electricité de France »), des poudres, du tabac et des allumettes.

[58] Duez et Debeyre, p. 537 ; de Laubadère, I, p. 547.

[59] Dans ce sens, voir Vedel, p. 612.

[60] Waline, p. 688 ; de Laubadère, I, p. 548.

[61] Nous verrons quelles sont ces conditions au ch. 222.

de concession d'usage du domaine public ; la plupart du temps, cette dernière fait l'objet d'une disposition expresse de l'acte de concession de service public. Toutefois, certains concessionnaires de service public fondent leur droit d'utilisation du domaine sur un titre distinct (par exemple, permission de voirie) [62].

212. *Le droit suisse*

212.1. *Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie*

En droit suisse, en vertu de la liberté du commerce et de l'industrie (art. 31 de la Constitution fédérale), le régime normal en matière d'activités économiques [63] est la liberté des particuliers, qui ont ainsi le droit de choisir et d'exercer librement une activité lucrative [64] ; elle protège le citoyen contre les atteintes de l'Etat [65]. Aussi les activités dont l'exercice est couvert par l'article 31 de la Constitution fédérale ne peuvent-elles faire l'objet que d'une réglementation de police du commerce ou de politique sociale [66]. Cette réglementation ne peut avoir pour but que de sauvegarder l'ordre public, c'est-à-dire « la sécurité, la tranquillité, la santé, la moralité et la bonne foi publique » [67] ou « à procurer du bien-être à l'ensemble ou à une grande partie des citoyens, ou à accroître ce bien-être par l'amélioration du niveau de vie, de la santé ou des loisirs » [68]. Pour être admissible, la réglementation doit respecter le principe de la proportionnalité : la restriction à la liberté du commerce et de l'industrie doit être propre à sauvegarder l'ordre public et ne pas dépasser la mesure nécessaire pour atteindre le but de police auquel elle tend ; en outre, elle doit ménager le plus possible la liberté individuelle de chaque citoyen. En outre, elle est soumise également aux principes de la légalité (nécessité d'une base légale) et de l'égalité de traitement (la mesure de police doit atteindre tous les intéressés de la même manière dans leurs droits) ; la mesure administrative doit donc rester neutre [69]. L'article 31 bis,

---

[62] WALINE, p. 697.

[63] Nous verrons en effet que seules les activités économiques peuvent faire l'objet d'une concession.

[64] AUBERT, II, N° 1871 ; FAVRE, p. 379, 380.

[65] MARTI, p. 31.

[66] La question de savoir si la Confédération peut édicter une réglementation de politique sociale est controversée.

[67] AUBERT, II, N° 1759 ; dans le même sens, JUNOD, *RDS* 1970, II, p. 640 ; RO 91 I 460.

[68] RO 97 I 505.

[69] AUBERT, II, N° 1765 ; FAVRE, p. 405 ; MARTI, p. 103 ss. ; JUNOD, *RDS* 1970, II, p. 641.

alinéa 2 de la Constitution fédérale confère à la Confédération des attributions générales de police en matière de commerce. Cette compétence n'est pas exclusive ; si la Confédération n'a pas fait usage de sa compétence, les cantons conservent le droit de prendre de telles mesures [70] ou même de compléter celles qui ont été prises, si le droit fédéral ne s'y oppose pas. Quant aux communes, elles n'ont de compétence en la matière que dans la mesure où le droit cantonal leur en confère une. On distingue généralement parmi les restrictions de police, celles qui ont trait au choix d'une activité [71] et celles qui concernent l'exercice de cette activité [72]. Ainsi, l'article 31 de la Constitution fédérale garantit à chaque particulier le droit de choisir et d'exercer librement une activité lucrative ; le régime institué est donc celui de l'autorisation de police ou même de l'absence d'autorisation pour les activités dont l'exercice ne met pas en danger l'ordre public.

212.2. *Les dérogations à la liberté du commerce et de l'industrie*

Il découle de ce que nous venons d'exposer ci-dessus que l'Etat ne peut intervenir dans les mécanismes économiques, par exemple en faisant dépendre l'exercice d'une certaine activité de son pouvoir d'appréciation, que si la Constitution fédérale le lui permet ou si les mesures qu'il prend résultent de la gestion du domaine public.

On peut ainsi distinguer : les dérogations à la liberté du commerce et de l'industrie de politique économique [73], les régales, les monopoles (de droit) et la gestion du domaine public créant un monopole (de fait).

Nous allons reprendre successivement les trois dernières composantes de cette énumération.

---

[70] Art. 31 II Cst.

[71] L'une des restrictions les plus répandues quant au choix d'une activité consiste en l'exigence de l'obtention préalable d'un certificat de capacité ; cf. AUBERT, II, Nos 1884 ss.

[72] Par exemple, règles concernant les heures d'ouverture et de fermeture des magasins et des restaurants et réglementation sur la durée du travail.

[73] Nous n'étudierons pas ici les mesures de politique économique ; en effet, lorsqu'il intervient de cette manière dans diverses branches de l'économie, l'Etat ne fait qu'exercer une surveillance accrue sur certaines activités entreprises par les particuliers et ne confère pas de droit à l'exercice d'une activité d'intérêt général : il ne saurait donc y avoir dans un tel cas service public et concession de service public.

Nous dirons simplement que les mesures de politique économique sont celles qui interviennent dans la libre concurrence, pour assurer ou favoriser certaines branches de l'activité lucrative ou certaines formes d'exploitation et tendent à diriger l'activité économique selon un certain plan : ces mesures sont du ressort exclusif de la Confédération, sauf disposition contraire de la Constitution fédérale et existence d'une régale cantonale.

212.21. *Les régales*

Les régales sont des monopoles poursuivant des fins fiscales ; elles ont donc pour but principal de fournir des ressources financières à la collectivité. Elles sont en principe inconstitutionnelles [74], sauf celles qui revêtent un caractère historique et celles qui sont expressément prévues dans la Constitution fédérale [75]. Parmi les régales fédérales, nous citerons la régale des poudres [76], de la monnaie [77] et celle des alcools [78]. Les régales cantonales consistent essentiellement en la régale du sel, des mines, de la chasse et de la pêche. Les régales ne constituant pas des services publics tels que nous les avons définis, nous les laisserons de côté dans la suite de nos développements.

212.22. *Les monopoles de droit*

Lorsque l'Etat se réserve l'exercice d'une activité économique déterminée, il crée un monopole de droit direct ; un monopole de droit est dit indirect lorsque l'Etat, en rendant obligatoire le recours à un service public auquel il attribue une tâche déterminée, empêche les particuliers d'exercer une activité semblable, faute de clientèle [79].

Les monopoles constituant autant de dérogations à la liberté du commerce et de l'industrie, ils doivent reposer sur une base constitutionnelle. Les monopoles de la Confédération, en vertu de l'article 3 de la Constitution fédérale, sont expressément énumérés dans la loi fondamentale ; elle exerce ainsi le monopole dans le domaine des postes, des télégraphes, des téléphones et des installations techniques de radiodiffusion et de télévision [80], dans le domaine des transports par chemins de fer [81],par bateaux [82] et par aéronefs [83].

Quant aux monopoles cantonaux, ils sont réservés par l'article 31, alinéa 2 de la Constitution fédérale. Les cantons peuvent ainsi instituer des monopoles pour des motifs de police, lesquels sont licites aux mêmes conditions que les restrictions de police. Sont admissibles également les monopoles

---

[74] RO 91 I 186.

[75] AUBERT, I, N° 761 et II, N° 1954 ; FAVRE, p. 399.

[76] Art. 41 Cst.

[77] Art. 32 bis Cst.

[78] Art. 38, 39 Cst.

[79] MARTI, p. 217 ss.

[80] Art. 36 Cst.

[81] Art. 26 Cst.

[82] Art. 24 ter Cst.

[83] Art. 37 ter Cst.

cantonaux créés pour des motifs de bien public ; toutefois, pour que les cantons puissent monopoliser une activité économique, il faut qu'elle présente un caractère d'intérêt public suffisant [84]. En revanche, ils ne peuvent instituer des monopoles à des fins fiscales uniquement [85]. L'institution d'un monopole cantonal doit en outre respecter le principe de la proportionnalité ; elle ne se justifie en effet que si elle est nécessaire pour parvenir aux buts visés. En droit français, on justifierait la prise en charge par l'Etat de l'activité dont il s'agit en disant qu'elle constitue un service public. Parmi les monopoles cantonaux institués pour des motifs de police, nous citerons le monopole des convois funèbres et des inhumations et le monopole du ramonage [86] ; constituent notamment des monopoles institués en vue du bien public, les caisses cantonales d'assurance-incendie pour les immeubles [87] et les abattoirs municipaux. L'Etat peut exercer lui-même l'activité d'intérêt général dont il détient le monopole en l'intégrant au sein de son administration générale ou en créant, à cet effet, un établissement de droit public. Il peut également en confier l'exercice à un tiers (particulier, société de droit privé ou public, autre corporation de droit public) au moyen d'une concession, lorsque la loi prévoit ce mode de faire : il y a alors concession de service public [88]. Rien n'exclut que la corporation publique institue, à la place d'un régime de concession, un régime d'autorisations de police. Toutefois, tout requérant satisfaisant aux conditions d'octroi ayant un droit à l'obtention d'une autorisation de police, on ne verrait plus quel intérêt public justifierait la création d'un monopole. En revanche, le régime d'autorisation se justifie lorsque l'exercice d'une activité, bien que monopolisée, ne nécessite pas la soumission au système de la concession, les seules valeurs mises en péril étant des valeurs de police ; il a été adopté notamment à l'article 18 de l'ordonnance du 9 août 1972 concernant la navigation soumise à concession et à autorisation [89] qui prévoit, en substance, que les courses circulaires de bateau avec arrêt en cours de route, les courses à sens unique et les courses de taxi, effectuées régulièrement et professionnellement sont soumises à autorisation, à condition « que leur nature et leur importance ne justifient pas l'octroi d'une concession et que les entreprises publiques de navigation ne soient pas sensiblement concurrencées ».

---

[84] RO 91 I 186 ; MARTI, p. 229.

[85] MARTI, p. 231.

[86] AUBERT, II, N° 1954.

[87] Cf., par exemple, loi vaudoise du 17 novembre 1952 concernant l'assurance des bâtiments et du mobilier contre l'incendie et autres dommages.

[88] Nous verrons plus loin les conditions que doit remplir une activité d'intérêt général, monopolisée par l'Etat, pour pouvoir faire l'objet d'une concession : cf. ch. 222.

[89] RS 747.211.1.

212.23. *Les monopoles découlant de la gestion du domaine public*

Lorsque l'exercice d'une activité suppose un usage accru du domaine public, il en résulte pour l'Etat un monopole de fait ; or, parmi ces activités, il en est qui revêtent incontestablement un caractère d'intérêt public.

Le Tribunal fédéral s'exprime ainsi, à ce propos : « Lorsqu'une commune se charge de la distribution de l'eau, du gaz et de l'électricité sur son territoire, et qu'elle en fait un service public, elle jouit pour cela d'un monopole de fait, car on ne peut pas l'obliger à accorder à une entreprise concurrente l'utilisation de son domaine public indispensable pour une telle distribution. Ce monopole de fait n'est pas contraire à l'article 31 de la Constitution fédérale, car il a pour fondement la souveraineté de la commune sur le domaine public ; mais il n'existe en soi que dans la mesure où le territoire communal est mis à contribution pour y établir des conduites d'eau, de gaz et d'électricité. » [90] La corporation peut naturellement, en vertu de sa souveraineté, accorder à un tiers une concession sur son domaine public et, partant, lui confier la tâche de faire fonctionner un service public. Le Conseil d'Etat vaudois, dans son message [91] relatif à la loi vaudoise sur la distribution de l'eau du 30 novembre 1964, s'exprime en ce sens, à propos de l'article 6 de ladite loi qui institue le système de la concession de distribution : « Il s'agit d'une concession non pas, il est vrai, au sens étroit de la doctrine allemande (acte conférant à un particulier l'exercice d'un droit appartenant exclusivement à l'Etat), mais au sens plus large du droit français (acte par lequel l'Etat peut non seulement conférer à un particulier l'exercice d'un droit qui lui appartient en propre, mais encore charger un particulier de créer et faire fonctionner un service public, alors même qu'il s'agit d'une activité dont l'Etat n'a pas juridiquement le monopole). La concession de service public accordée au particulier comprendra d'ailleurs une concession au sens étroit, puisque, le plus souvent, le concessionnaire aura l'autorisation d'utiliser le domaine public. »

Dans ce cas, il y a concession de service public au sens large.

22. **La collaboration entre l'Etat et les administrés**

221. *Généralités*

La gestion des services publics peut être assurée directement par l'Etat lui-même ; il est d'ailleurs inconcevable que certains services publics ne

[90] RO 95 I 144 = JT 1970 I 206.

[91] *Bulletin du Grand Conseil,* automne 1964, p. 154 ss.

soient pas gérés directement par la collectivité publique. Il s'agit en particulier d'activités qui sont le propre de l'Etat ou qui ne peuvent être soustraites en aucune manière aux organes de contrôle et de décision de l'Etat [92] : il en est ainsi, par exemple, de la défense nationale, de la police et de la justice.

En revanche, parmi les autres services publics, il en est qui peuvent être exercés en collaboration avec les administrés ; ainsi, de nombreuses activités d'intérêt public sont entreprises concurremment par l'Etat et par les particuliers : c'est le cas, par exemple, de l'enseignement [93], de l'assurance contre l'incendie de biens mobiliers [94], des transports par chemins de fer [95] et par automobiles [96], de la distribution de l'eau, du gaz et de l'électricité [97]. Cette collaboration revêt différentes formes, dont le choix dépend notamment du genre d'activité qu'il s'agit d'entreprendre. En effet, parmi les activités que l'Etat peut exercer en collaboration avec ses administrés, on peut distinguer les activités économiques (production de biens et de services) de celles qui ne le sont pas. Seules les premières peuvent faire l'objet d'une gestion capitaliste, sous la forme d'entreprises d'économie mixte ou, lorsque les conditions sont réalisées [98], de concessions de service public ; ces deux modes d'exploitation ne s'excluent pas l'un l'autre : le concessionnaire peut fort bien être une entreprise d'économie mixte. Quant aux activités non économiques (tâches administratives et législatives, administration de police), elles font l'objet de diverses formes de collaboration, qui vont de la simple consultation à l'exécution proprement dite.

Nous allons brièvement parler, en plus du système de la concession, de deux autres formes de collaboration entre la corporation publique et les particuliers : l'entreprise d'économie mixte et l'association (au sens commun du terme) de groupements privés à l'accomplissement de tâches d'intérêt public. Cela nous permettra de mieux distinguer les particularités du système

---

[92] Gouvernement, parlement, peuple.

[93] Cf. art. 57 ss. de la loi vaudoise du 25 mai 1960 sur l'instruction publique primaire et l'enseignement ménager postscolaire.

[94] Pour le canton de Vaud, cf. art. 27 ss. de la loi vaudoise du 17 novembre 1952 concernant l'assurance des bâtiments et du mobilier contre l'incendie et autres dommages.

[95] En Suisse, les transports par chemins de fer sont assurés d'une part par les Chemins de fer fédéraux et, d'autre part, par les entreprises privées concessionnaires.

[96] Certaines lignes de transport par automobiles sont exploitées directement par les PTT, alors que d'autres sont concédées à des tiers.

[97] La plupart du temps, l'approvisionnement est assuré soit par la corporation publique directement (commune, établissement de droit public), soit par des concessionnaires (particuliers, communes, sociétés de droit privé ou public), soit par des groupements de communes (association, coopérative, syndicat de communes).

[98] Cf. ch. 222.

de la concession en le comparant à d'autres formes de collaboration où l'action de l'Etat s'exerce différemment.

222. *La concession de service public*

Nous emprunterons notre définition au droit français : la concession de service public est « un procédé par lequel une personne publique, dite autorité concédante, confie à une personne, physique ou morale, appelée concessionnaire, le soin de gérer un service public, sous le contrôle de l'autorité concédante, moyennant une rémunération qui consiste, le plus souvent, dans les redevances que le concessionnaire percevra sur les usagers du service public » [99]. La concession de service public constitue donc une forme d'exploitation des services publics [100]. L'Etat, au lieu d'assurer lui-même l'exploitation d'un service public, la confie à un tiers ; à ce propos, rappelons qu'en droit suisse la corporation publique ne peut concéder l'exercice d'une activité d'intérêt général à un tiers que si la loi prévoit ce mode de faire. L'exigence d'une base légale tombe naturellement lorsque la concession de service public se fonde sur la gestion du domaine public.

Le concessionnaire exploitera désormais le service public à son propre compte, par l'intermédiaire de ses employés et de son matériel ; en d'autres termes, le service public fera l'objet d'une gestion capitaliste, à la manière d'une entreprise privée, raison pour laquelle seules les activités économiques monopolisées rémunératrices [101] peuvent faire l'objet d'une concession. En principe, le concessionnaire de service public supporte seul les pertes et encaisse seul les bénéfices résultant de l'exploitation du service public [102]. Toutefois, en pratique, l'Etat est quelquefois obligé de prendre à sa charge certains déficits d'exploitation [103], faute de quoi le concessionnaire ne pourrait plus assumer à satisfaction l'exploitation du service public, à moins de réduire considérablement ses prestations.

La concession par l'Etat de l'exploitation d'un service public ne fait naturellement pas perdre à ce dernier ses caractéristiques [104] : chacune de ces particularités va se traduire pour le concessionnaire par une obligation qu'il

---

[99] VEDEL, p. 62 ; dans le même sens : WALINE, p. 691 ; DE LAUBADÈRE, I, p. 557 ; DUEZ et DEBEYRE, p. 555.

[100] DE LAUBADÈRE, I, p. 557 ; DUEZ et DEBEYRE, p. 555 ; WALINE, p. 691.

[101] WALINE, p. 692 ; DE LAUBADÈRE, *Manuel*, p. 221 ; RIVERO, p. 474 ss. ; DUEZ et DEBEYRE, p. 555.

[102] DUEZ et DEBEYRE, p. 555, 569 ; DE LAUBADÈRE, I, p. 557.

[103] C'est le cas, par exemple, dans le domaine des transports : cf. ch. 66.

[104] Cf. ch. 13.

devra assumer. C'est ainsi qu'au principe de la continuité de l'exploitation correspond l'obligation d'exploiter, qu'à la faculté pour chacun de pouvoir faire appel au service public correspond l'obligation de contracter, qu'au principe de la mutabilité correspond l'obligation d'adapter le service public aux besoins. D'autres obligations accessoires sont également à la charge du concessionnaire [105].

Le fait pour l'Etat de concéder l'exploitation d'un service public ne veut pas dire qu'il va s'en désintéresser. Au contraire, il appartient à la collectivité publique de s'assurer que le concessionnaire remplit convenablement ses obligations en surveillant la manière dont il exploite le service public concédé. Les caractéristiques que nous venons d'esquisser nous permettent de mieux distinguer la concession de service public des autres genres de concessions : les concessions de régales [106] et les concessions d'utilisation du domaine public au sens étroit, c'est-à-dire celles qui ne servent pas de support à l'exploitation d'un service public [107]. En effet, les concessions de service public s'accompagnent forcément d'obligations que le concessionnaire est tenu de remplir dans l'intérêt général (obligations d'exploiter, de contracter et d'adapter) ; partant, l'exploitation du service public est soumise au contrôle de l'autorité de surveillance. On ne rencontre rien de semblable en ce qui concerne les concessions de régales et les concessions d'utilisation du domaine public au sens étroit.

223. *L'entreprise d'économie mixte*

La notion d'entreprise d'économie mixte est très discutée dans la doctrine. Si tous les auteurs s'accordent sur le fait que, dans ce genre d'entreprise, l'Etat et les particuliers collaborent, ils ne s'entendent guère quant à la forme et à l'intensité de la participation de la corporation publique. Certains [108] adoptent en effet une définition étroite en exigeant que deux conditions soient cumulativement réalisées pour qu'une entreprise puisse être qualifiée « d'économie mixte » : le capital social doit être constitué de fonds

---

[105] Cf. ch. 56.

[106] Par exemple, les concessions pour la distillation des boissons alcooliques (art. 4 ss. de la loi fédérale sur l'alcool du 21 juin 1932) et les nombreuses concessions (cf. à ce sujet ch. 231.7 et MOSSU, p. 83 ss.) octroyées dans le domaine des télécommunications.

[107] Par exemple, concession pour l'exploitation d'une entreprise de taxis ; on peut d'ailleurs se demander en l'espèce s'il ne conviendrait pas mieux de parler d'autorisation ; cf. à ce sujet GRISEL, p. 298 ss.

[108] GRISEL, p. 151 ; RUCK, *Elektrizitätsrecht*, p. 53 ; JÜNGLING, p. 51 ; dans le même sens en droit français, cf. DE LAUBADÈRE, III, p. 570 ; WALINE, p. 758.

provenant pour une part de personnes publiques et pour l'autre de particuliers et la direction et la gestion de l'entreprise doivent être exercées en commun à l'intérieur des organes de la société.

D'autres [109], partisans d'une notion plus large, pensent qu'il suffit que la deuxième condition soit remplie pour qu'on ait affaire à une entreprise d'économie mixte. Sans nous prononcer sur la controverse de manière définitive, il nous paraît essentiel de souligner que le but principal visé par l'Etat, lorsqu'il participe avec des particuliers à une entreprise, est d'exercer une influence directe sur la conduite de cette dernière.

Il importe donc pour la corporation publique de participer à la direction de l'entreprise par l'entremise de représentants qu'elle délègue au sein du conseil d'administration. Certes, dans la règle, l'action de l'Etat au sein des organes de la société s'accompagnera souvent d'une mise de fonds ; toutefois, cette dernière n'est pas essentielle [110]. L'Etat apportera d'ailleurs souvent autre chose qu'une participation au capital proprement dit ; ce peut être, par exemple, une prestation sous forme de concession, de subvention ou de prêt. Relevant du droit privé [111], l'entreprise d'économie mixte peut revêtir, théoriquement tout au moins, toutes les formes prévues par le Code des obligations, sauf celle de la société en nom collectif, dont les membres ne peuvent être que des personnes physiques [112]. Pratiquement cependant, s'agissant de l'exercice d'une activité économique, ne conviennent que la société anonyme (sans doute la plus répandue), la société coopérative et la société à responsabilité limitée.

Ce qui distingue avant tout l'entreprise d'économie mixte du système de la concession, c'est le fait que l'Etat participe directement à la gestion de la société par l'intermédiaire de représentants qu'il délègue au conseil d'administration, alors que, lorsqu'il concède l'exercice d'une activité dont il détient le monopole, il charge un particulier de l'exercer à sa place. Dans l'entreprise d'économie mixte, l'Etat peut influencer et agir directement sur les décisions du conseil d'administration ; en revanche, lorsqu'il a accordé une concession à un particulier, il ne participe plus à la prise de décision et à la gestion du service public, mais ne peut plus que les contrôler *a posteriori*.

De nombreuses entreprises d'économie mixte sont par ailleurs titulaires d'une concession de service public, soit parce qu'elles exercent une activité réservée à l'Etat, soit parce qu'elles utilisent le domaine public pour y cons-

---

[109] Zwahlen, thèse, p. 38 ; Schürmann, *RDS* 1953, p. 93 a ; Denéréaz, *RDS* 1953, p. 24 a.

[110] Cf. art. 762 CO ; Zwahlen, thèse, p. 38 ss. ; Denéréaz, *RDS* 1953, p. 24 a.

[111] Grisel, p. 151 ; Denéréaz, *RDS* 1953, p. 27 a ; Racine, p. 20 ; Ruck, *Elektrizitätsrecht*, p. 54.

[112] Art. 552 CO.

truire des installations. Dans un tel cas, l'administration publique exerce un double contrôle, d'une part en tant qu'autorité concédante, d'autre part en tant qu'elle est représentée au sein du conseil d'administration ; ce contrôle peut être assuré par deux autorités différentes et même de niveau différent [113]. Le principal avantage de l'entreprise d'économie mixte consiste dans la faculté pour l'Etat d'intervenir dans certains domaines économiques d'intérêt général de manière indirecte et non autoritaire ; elle a toutefois le désavantage de masquer l'intervention de la corporation publique dans certaines branches de l'économie et de la soustraire au contrôle parlementaire [114].

224. *L'association des groupements privés à l'accomplissement de tâches d'intérêt public*

Ce genre de collaboration entre l'Etat et les administrés procède de l'idée qu'il est bon, dans un régime démocratique, d'associer les particuliers (ou les organisations qui les représentent) à l'exécution de tâches d'intérêt public ; les textes légaux qui prévoient cette collaboration sont extrêmement nombreux ; aussi ne pourrons-nous, dans le cadre de ce travail, qu'évoquer le sujet.

L'association des groupements privés à l'accomplissement de tâches d'intérêt public revêt deux formes : la première consiste en une participation à la fonction législative ; elle est prévue notamment à l'article 32, alinéa 3 de la Constitution fédérale [115], qui dispose, en substance, que les groupements économiques intéressés seront obligatoirement consultés lorsque l'Etat restreint, en légiférant, la liberté du commerce et de l'industrie [116] et intervient dans certaines branches de l'économie privée [117] ; cependant, en réalité, la pratique de consulter les groupements et les organismes privés intéressés [118]

---

[113] Par exemple, entreprises de chemins de fer ou de trolleybus au capital desquelles des communes participent et sur lesquelles la Confédération, en tant qu'autorité concédante, exerce une surveillance.

[114] On rencontre principalement les entreprises d'économie mixte dans le domaine financier (par exemple, Banque Cantonale Vaudoise, Crédit Foncier Vaudois, etc.), dans le secteur de la fourniture de l'énergie électrique (Energie de l'Ouest-Suisse, Compagnie Vaudoise d'Electricité, Société Romande d'Electricité, etc.), et des transports (Swissair et de nombreuses entreprises de transport par chemins de fer et par trolleybus).

[115] Pour l'historique de ce texte, cf. FLÜCKIGER, p. 38 ss. ; PETERMANN, p. 21 ss. ; GIGER, p. 144 ss.

[116] Cf. art. 31 bis, 31 ter II, 31 quater, 31 quinquies et 34 ter Cst.

[117] L'art. 27 ter de la Constitution fédérale prévoit aussi la consultation des associations culturelles et économiques intéressées lors de l'élaboration de lois d'exécution dans le domaine du cinéma.

[118] Seules les associations faîtières sont consultées.

existe de manière générale [119]. La procédure de consultation a été précisée récemment dans des directives édictées par le Conseil fédéral [120].

Certaines lois fédérales prévoient également la consultation de groupements privés lors de l'élaboration de leurs dispositions d'exécution (ordonnance et arrêtés) ; il en est ainsi dans quelques vastes domaines de la législation : assurances sociales, agriculture, industrie et commerce, travail [121].

Du point de vue juridique, le Conseil fédéral n'est pas lié par les avis émis par les groupements et les associations privées consultés ; toutefois, dans la pratique, ils ont beaucoup de poids et il en est tenu compte lors de l'élaboration des dispositions d'exécution des lois fédérales concernées [122].

La deuxième forme de collaboration avec les groupements privés consiste à charger ces derniers de l'exécution de tâches administratives ; en matière économique, elle s'appuie sur l'article 32, alinéa 3 de la Constitution fédérale. Le champ d'action des associations privées est extrêmement vaste et varié [123]. Dans le domaine de l'agriculture, par exemple, certains organismes sont appelés à organiser l'apprentissage agricole, le placement d'apprentis [124], des cours [125] et des examens professionnels [126] ; ils peuvent également être chargés d'établir un contrat-type d'apprentissage fixant les droits et les obligations des parties [127]. La promotion et la distribution [128] des produits agri-

---

[119] GRISEL, p. 157.

[120] Directives du Conseil fédéral du 6 mai 1970 concernant la procédure préliminaire en matière de législation, cf. *FF* 1970, I, p. 1002 ss.

[121] Cf. FLÜCKIGER, p. 62 ss.

[122] Dans ce sens, cf. message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant un projet de loi sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce dans *FF* 1960, II, p. 905.

[123] En ce qui concerne *l'AVS,* cf. Peter SAXER, *Die AHV-Ausgleichskasse als neue Organisationsform der schweizerischen Sozialversicherung,* thèse, Berne 1953 ; pour *l'horlogerie,* cf. Charles-André JUNOD, *Le statut légal de l'industrie horlogère suisse,* thèse, Genève 1962, et Lanz JÜRG, *Die Heranziehung der Verbände bei der staatlichen Intervention auf Grund des Uhrensstatuts,* thèse, Berne 1964 ; à noter cependant qu'un nouveau statut de l'horlogerie est entré en vigueur le 1er janvier 1972 (RS 934.11).

[124] Art. 3, II et 7 de l'ordonnance du 29 mars 1955 sur la formation professionnelle et la recherche agricole (RS 915.1).

[125] Art. 41 de l'ordonnance citée à la note 124.

[126] Art. 14 de l'ordonnance du 16 janvier 1974 sur la formation en matière d'économie familiale et la formation professionnelle de la paysanne (RS 915.2).

[127] Art. 10 de l'ordonnance sur la formation professionnelle et la recherche agricole du 29 mars 1955 (RS 915.1).

[128] Cf., par exemple, art. 1 de l'arrêté fédéral du 25 juin 1971 sur les mesures complémentaires d'ordre économique et financier applicables à l'économie laitière (RS 916.350.1) et art. 2 de l'ordonnance du 27 septembre 1971 concernant le marché du bétail de boucherie et l'approvisionnement en viande (RS 916.341).

coles, ainsi que la détermination de leur prix [129], constituent également des tâches confiées à des organisations privées.

Comme lorsqu'il octroie une concession de service public, l'Etat, en chargeant certains groupements ou organismes privés d'exécuter certaines tâches d'intérêt public, collabore avec les administrés. Toutefois, le genre d'activité confié aux particuliers n'est pas le même ; la forme de collaboration diffère également. Alors que, dans le système de la concession, l'activité concédée à un tiers est une activité économique et rémunératrice et qu'elle fait l'objet d'une gestion capitaliste, les tâches d'intérêt général déléguées à des groupements privés, dans le domaine agricole par exemple, ne sont ni économiques, ni rémunératrices et ne peuvent être exercées en la forme commerciale ; elles consistent, la plupart du temps, en des tâches administratives ou de police [130]. Une autre différence doit également être mise en évidence. Les groupements privés accomplissant des tâches administratives agissent comme de véritables organes de l'Etat : à ce titre, ils sont subordonnés à son autorité, comme toute entité administrative décentralisée ; l'Etat peut ainsi leur donner des instructions et des directives auxquelles ils doivent se conformer. Au contraire, le concessionnaire n'est pas un organe de l'Etat, bien qu'il soit soumis à la surveillance et au contrôle de ce dernier ; il agit pour son propre compte et sous sa seule responsabilité [131]. En revanche, le groupement privé chargé d'exécuter des tâches de droit public fédéral engage la responsabilité de la Confédération s'il n'est pas en mesure de réparer lui-même le dommage [132] ; dans le canton de Vaud, l'Etat répond également directement envers les tiers du préjudice causé par des personnes privées ou par leurs agents dans l'accomplissement de tâches de droit public [133].

En outre, en tant qu'il agit comme organe de l'Etat, le groupement privé voit ses relations juridiques avec les administrés relever du droit public ; au contraire, la doctrine dominante et le Tribunal fédéral admettent que les

---

[129] Cf., par exemple, art. 28 de l'ordonnance d'exécution I du 10 novembre 1959 de la loi sur l'approvisionnement du pays en blé (RS 916.111.01) et art. 6 II de l'arrêté fédéral du 28 juin 1974 sur l'économie sucrière indigène (RS 916.114.1).

[130] Le contrôle des installations électriques à courant fort a été délégué à l'Association suisse des électriciens ; cf. art. 1 de l'arrêté du Conseil fédéral du 24 octobre 1967 concernant l'inspection fédérale des installations à courant fort (RS 734.24). Cette même association exerce également la haute surveillance sur le contrôle des installations intérieures ; cf. art. 26 de la loi fédérale du 24 juin 1902 concernant les installations électriques à faible et à fort courant (RS 734.0).

[131] C'est du moins l'avis de la doctrine dominante. En ce qui concerne notre opinion, cf. ch. 912.

[132] Art. 19 I a de la LRCF (RS 170.32).

[133] Art. 3 ch. 13 de la loi vaudoise du 16 mai 1961 sur la responsabilité de l'Etat, des communes et de leurs agents.

rapports juridiques entre le concessionnaire de service public et les usagers sont de droit privé [134].

23. Les services publics concédés

Après en avoir examiné les caractéristiques essentielles, nous allons passer en revue, dans le présent paragraphe, les diverses concessions de service public existant en droit positif suisse ; elles ont pour objet des activités monopolisées en faveur de l'Etat et présentant incontestablement un intérêt pour la communauté.

231. *Les monopoles de droit*

231.1. *Les transports par chemins de fer*

La Constitution fédérale, à son article 26, attribue à la Confédération la souveraineté en matière de législation sur la construction et l'exploitation des chemins de fer. Cette norme constitutionnelle, introduite en 1874 dans notre texte fondamental, ne crée pas, à proprement parler, de monopole légal en faveur de la Confédération. A vrai dire, on admit l'existence d'un monopole de l'Etat avant l'intervention du législateur dans ce domaine, pour la bonne raison qu'on assimilait, à cette époque, les chemins de fer aux routes [135] ; dès lors, il était logique que la construction et l'exploitation d'une ligne de chemin de fer soient soumises à concession. Le droit de concéder une ligne de chemin de fer appartint tout d'abord aux cantons [136], puis fut attribué à la Confédération par la loi fédérale du 23 décembre 1872 concernant l'établissement et l'exploitation des chemins de fer sur le territoire de la Confédération suisse [137]. Actuellement, le texte légal déterminant est la loi fédérale du 20 décembre 1957 sur les chemins de fer [138] ; elle prévoit qu'une concession fédérale est nécessaire pour construire et exploiter un chemin de fer.

---

[134] Voir à ce sujet ch. 8.

[135] Cf. MEYLAN, p. 26 ss.

[136] Le premier texte légal fédéral en la matière fut la loi du 28 juillet 1852 concernant l'établissement et l'exploitation des chemins de fer sur le territoire de la Confédération suisse ; l'octroi de nouvelles concessions cantonales était soumis au contrôle de l'Assemblée fédérale ; cette loi était dépourvue de toute base constitutionnelle.

[137] Cette loi fédérale ne reposait, au moment de sa promulgation, sur aucune base constitutionnelle.

[138] RS 742.101.

La Confédération a procédé, en 1897, au rachat des cinq plus grandes compagnies existant alors et a confié leur administration aux Chemins de fer fédéraux [139] ; le monopole des chemins de fer est donc exercé concurremment par des concessionnaires et par l'administration fédérale elle-même.

Le chapitre II de la loi du 20 décembre 1957 est plus particulièrement consacré à la concession, traitant, de manière succincte, de son octroi, de son renouvellement et de son extinction, des droits et des obligations de l'entreprise concessionnaire, lesquels sont d'ailleurs précisés aux autres chapitres du texte légal. La loi fédérale du 11 mars 1948 sur les transports par chemins de fer et par bateaux [140] et le règlement concernant les transports par chemins de fer et par bateaux du 2 octobre 1967 [141] constituent la législation complémentaire en la matière.

La construction et l'exploitation d'un chemin de fer principal ou secondaire [142] constitue incontestablement, de par l'intérêt public qu'elles présentent pour la collectivité, une activité de service public ; la loi de 1957, à son article 50, l'admet d'ailleurs expressément. Il résulte de cette qualification toute une série d'obligations caractéristiques qui sont imposées au concessionnaire directement par la loi. Ainsi, l'obligation d'exploiter est prévue à l'article 7 de la loi de 1957, tandis que l'obligation de transporter fait l'objet de l'article 7 de la loi fédérale sur les transports par chemins de fer et par bateaux du 11 mars 1948.

Pour le surplus, ce sont les actes de concessions eux-mêmes qui précisent l'étendue exacte de l'obligation de transporter et désignent les lignes que l'entreprise est tenue d'exploiter. Ce que nous venons de dire vaut naturellement pour les entreprises de tramways et de funiculaires, puisqu'elles utilisent des véhicules semblables à ceux des chemins de fer [143] ; toutefois, il faut préciser que l'usage de la voie publique (route, places, etc.) pour l'établissement des rails de chemins de fer relève du droit cantonal, en vertu de la souveraineté des cantons sur leur territoire [144]. L'autorisation cantonale d'utiliser

---

[139] Cf. loi fédérale du 26 juin 1944 sur les Chemins de fer fédéraux (RS 742.31).

[140] RS 742.40.

[141] RS 742.41.

[142] La loi de 1957, à son art. 2 I distingue les chemins de fer principaux des chemins de fer secondaires ; cette distinction n'a pas d'influence fondamentale sur le régime de leur concession respective : l'exploitation d'un chemin de fer, qu'il soit principal ou secondaire est une activité de service public. Le motif de la distinction réside essentiellement dans l'application de normes techniques relatives à la construction et à l'exploitation qui sont différentes suivant qu'il s'agit d'un chemin de fer principal ou secondaire.

[143] Cf. art. 2 I Lchf.

[144] Art. 5 I Lchf.

la voie publique constitue même un préalable à l'octroi d'une concession fédérale [145].

231.2. *Les transports par automobiles*

Le texte déterminant en la matière est l'ordonnance du 4 janvier 1960 sur les concessions de transports par automobiles [146], promulgée en vertu des articles 1, 2 et 3 de la loi fédérale du 2 octobre 1924 sur le service des postes [147], elle-même édictée en vertu de l'article 36 de la Constitution fédérale. Nous ne parlerons pas dans le détail de l'étendue de la régale des postes de la Confédération [148] ; il nous suffit de dire ici que l'administration des postes a le droit exclusif de transporter des voyageurs par des courses régulières [149] ; toutefois, le Département fédéral des transports et communications et de l'énergie a la faculté d'accorder des concessions [150]. Quant à l'organisation de transports par des courses non régulières, elle échappe à la régale des postes. De même, la loi fédérale sur le service des postes exclut de la régale fédérale le transport de personnes lorsqu'il n'est pas effectué à titre professionnel. La notion de transport professionnel est précisée à l'article 3 de l'ordonnance du 4 janvier 1960 sur les concessions de transport par automobiles : agit à titre professionnel celui qui transporte ou fait transporter des voyageurs pour en retirer un quelconque avantage (rémunération sous forme de taxe, de salaire, de pourboire, avantage commercial ou tout autre avantage).

« Il y a transport professionnel dès que celui qui effectue le transport acquiert par là un revenu direct ou indirect. » [151] Le transport de voyageurs par courses régulières ne procurant aucun avantage (par exemple, transport

---

[145] Art. 5 I Lchf.

[146] RS 744.11.

[147] RS 783.0.

[148] Voir à ce sujet Mossu, p. 35 ss. ; Schaerer, p. 14 ss. ; Ruffy, p. 19 ss.

[149] Sont réputées *régulières :* a) les courses qui se répètent à intervalles déterminés entre les mêmes lieux, ou b) les courses qui, sans se répéter à intervalles déterminés, sont cependant effectuées plusieurs fois par jour entre les mêmes lieux.

[150] Art. 10 de l'ordonnance du 4 janvier 1960 sur les concessions de transport par automobiles. Quant à la régale pour le transport de choses, elle comprend le transport des lettres ouvertes ou fermées, des cartes portant des communications écrites et d'autres envois fermés de toute nature jusqu'à 5 kilos ; la Confédération exerce elle-même son droit régalien par l'entremise des PTT. Pour le surplus, le transport de choses et de marchandises est garanti par la liberté du commerce et de l'industrie ; toutefois, le Conseil fédéral peut soumettre à la régale le transport de journaux et publications périodiques paraissant à l'étranger.

[151] RO 82 IV 35 = JT 1956 IV 126.

gratuit) n'est donc pas soumis à concession fédérale, mais est couvert par la liberté du commerce et de l'industrie (art. 31 de la Constitution fédérale). Il en est de même du transport de personnes nécessaire à l'exercice d'une industrie ne s'occupant pas de transport [152]. Un tel transport peut être effectué librement si les conditions ci-après sont cumulativement réalisées : il doit être nécessaire (aucune entreprise ne devant assurer des relations de transports suffisantes) et être effectué par le propriétaire de l'établissement principal ou, sur son ordre, par un entrepreneur. Par ailleurs, seuls le personnel ou les visiteurs de l'exploitation peuvent être transportés [153] ; les véhicules utilisés doivent porter une indication visible de l'entreprise au service de laquelle ils sont affectés. Sont également soustraites à la régale des postes, les courses de taxis [154], les courses circulaires [155], les courses de passagers [156] et les services de remplacements temporaires [157] ; elles ne sont donc pas soumises à concession fédérale. L'ordonnance du 4 janvier 1960 prévoit que le droit de transporter professionnellement par des courses régulières des voyageurs est octroyé sous deux formes. La première (« concession I ») est accordée pour les courses effectuées professionnellement et régulièrement selon un horaire [158] ; s'agissant d'une activité de service public, le concessionnaire est

---

[152] Cf. art. 2 I a LSP ; il peut s'agir, par exemple, d'une entreprise de construction transportant son personnel sur son lieu de travail.

[153] Art. 4 III de l'ordonnance sur les concessions de transport par automobiles prévoit qu'il peut être fait exception à cette condition.

[154] Selon l'art. 6 de l'ordonnance, les *courses de taxi* sont celles qui sont effectuées sur demande et au moyen de véhicules automobiles ne comptant pas plus de huit places selon le permis de circulation, pour lesquelles l'entrepreneur ne prend aucune mesure tendant à instaurer une exploitation semblable à un service de lignes.

[155] Les *courses circulaires* sont celles qui sont effectuées de manière saisonnière et ont pour but la visite de curiosités, le sport ou l'agrément ; par ailleurs, les mêmes personnes doivent être ramenées au point de départ par la même course et le même véhicule, sans qu'aucun voyageur ne soit déposé ou pris en cours de route ; cf. art. 5 de l'ordonnance.

[156] Selon les termes de l'art. 7 de l'ordonnance, les *courses de passagers* effectuées contre rémunération ne sont pas soumises à la régale des postes lorsqu'il n'existe pas de relations de transport assurées par des entreprises de transports publics ou que ces relations sont insuffisantes et qu'elles sont exécutées au moyen de véhicules ne comptant pas plus de six places selon le permis de circulation.

[157] Sont des *services de remplacement* ceux qui sont effectués par des entreprises de chemins de fer, des entreprises de trolleybus ou de navigation ou de téléphériques pour assurer le transport lors d'une interruption de l'exploitation ou à titre d'essai, en vue de convertir l'exploitation en un service de transports routiers.

[158] Art. 21 de l'ordonnance.

tenu d'effectuer les courses prévues à l'horaire [159] (obligation d'exploiter) et de transporter tous les voyageurs [160].

La seconde (« concession II ») est accordée pour des courses régulières effectuées à titre professionnel, mais en dehors d'un horaire ; elle est réservée en particulier aux courses d'excursion, aux courses navettes, aux transports d'ouvriers et d'écoliers ou encore aux courses circulaires interrompues [161]. La concession II n'est pas soumise à un régime juridique déterminé par la loi ; au contraire, il appartient au texte de concession de préciser dans chaque cas quelles dispositions légales valables pour les courses exécutées en vertu d'une concession I lui sont applicables. L'intérêt public à l'organisation de tels transports n'est guère évident et même inexistant ; aussi ne qualifierons-nous pas les concessions II de transport par automobiles de concession de service public, mais de régale. Sur le plan pratique, la différence réside dans le régime des obligations du concessionnaire ; en effet, l'entrepreneur de transports titulaire d'une concession II n'est tenu ni d'exploiter, ni de transporter, ni de publier un horaire et d'appliquer un tarif. De plus, l'ordonnance elle-même ne considère pas les entreprises titulaires de concessions II comme des entreprises de transports publics [162]. Pour ces motifs, nous ne parlerons plus, dans la suite de notre travail, des concessions II de transport par automobiles.

231.3. *Les transports par trolleybus*

Les entreprises de trolleybus sont soumises principalement à la loi fédérale du 29 mars 1950 [163] et à son ordonnance d'exécution [164]. Ces textes légaux s'appuient essentiellement sur l'article 36 de la Constitution fédérale, qui crée, nous l'avons vu, une régale en faveur de la Confédération pour le transport régulier de voyageurs. Cette dernière a toutefois la faculté d'octroyer des concessions, qui ne sont délivrées cependant que si l'autorité cantonale a autorisé l'usage de la voie publique, nécessaire à l'établissement des installations électriques [165].

Il est indéniable que le transport de personnes par trolleybus constitue un service public, à cause de l'intérêt qu'il représente pour la collectivité. Aussi le concessionnaire est-il tenu d'exploiter [166]. Quant à l'obligation de trans-

---

[159] Art. 25 I de l'ordonnance.

[160] Art. 25 II de l'ordonnance.

[161] Art. 53 de l'ordonnance.

[162] Art. 11 II de l'ordonnance.

[163] Loi fédérale du 29 mars 1950 sur les entreprises de trolleybus (RS 744.21).

[164] Ordonnance sur les trolleybus du 6 juillet 1951 (RS 744.211).

[165] Art. 4 de la loi fédérale sur les entreprises de trolleybus.

[166] Art. 5 de la loi fédérale sur les entreprises de trolleybus.

porter, elle n'est pas prévue expressément par la loi fédérale sur les trolleybus. Cependant, l'article 11 de ce texte légal rend applicable aux entreprises de trolleybus la législation sur les chemins de fer secondaires [167] et, en particulier, les dispositions sur les conditions de transport [168], définies dans la loi fédérale du 11 mars 1948 sur les transports par chemins de fer et par bateaux ; or, ce dernier texte légal, à son article 7, prévoit l'obligation de transporter. De plus, l'entreprise de transport par trolleybus est tenue d'établir un horaire [169] et d'appliquer un tarif [170] ; le régime de la concession de trolleybus est donc le même, en ce qui concerne les obligations de service public, que celui d'une concession de chemins de fer.

231.4. *La navigation intérieure*

Les textes légaux principaux s'appliquant en l'espèce sont la loi fédérale du 11 mars 1948 sur les transports par chemins de fer et par bateaux et l'ordonnance du 9 août 1972 concernant la navigation soumise à concession et à autorisation [171]. Le transport régulier et professionnel de personnes par bateaux sur les lacs et cours d'eau relève directement de la régale fédérale des postes (art. 36 de la Constitution fédérale). Toutefois, la Confédération a récemment fait usage de la compétence que lui accorde l'article 24 ter de la Constitution pour légiférer en matière de navigation intérieure [172] ; elle a promulgué la loi du 3 octobre 1975 sur la navigation intérieure, qui n'est entrée en vigueur que partiellement au moment où nous écrivons ces lignes [173]. Cette loi, à son article 7, rappelle que le droit de transporter régulièrement et professionnellement des personnes par bateau est réservé à la Confédération ; cette dernière peut toutefois accorder des concessions ou des autorisations. Pour le surplus, cette loi énonce les principes fondamentaux régissant la construction, l'équipement, la conduite des bateaux et la composition des équipages. L'article 7, alinéa 2 de la loi charge le Conseil fédéral d'édicter des dispositions relatives aux concessions et aux autorisations. Ces

---

[167] Cf. note 142 page 39.

[168] Art. 11 I c de la loi fédérale sur les entreprises de trolleybus.

[169] Art. 11 I b de la loi fédérale sur les entreprises de trolleybus.

[170] Art. 11 I c de la loi fédérale sur les entreprises de trolleybus.

[171] RS 747.211.1.

[172] La Confédération avait, jusqu'ici, réglementé la navigation internationale sur le Rhin, en se fondant sur une délégation de compétence prévue à l'article 66 de la loi fédérale sur le registre des bateaux du 28 septembre 1923 et la navigation maritime qui a fait l'objet de la loi fédérale sur la navigation maritime sous pavillon suisse du 23 septembre 1953.

[173] Pour le texte de cette loi, RS 747.201.

questions sont actuellement réglées par l'ordonnance du 9 août 1972 ; elle a été promulguée en vertu de l'article 2, alinéa 2 de la loi sur le service des postes. La loi de 1975 ne modifiant en rien le régime des concessions et des autorisations, il est probable que l'ordonnance de 1972 restera en vigueur telle quelle ou ne sera revisée que sur des points de détail [174].

La régale fédérale porte sur les transports de personnes effectués régulièrement [175] et professionnellement [176] ; aussi celui qui transporte de manière régulière des voyageurs, mais sans en retirer d'avantage économique, et celui qui agit professionnellement mais irrégulièrement peuvent-ils entreprendre librement leur activité ; ils bénéficient de la liberté du commerce et de l'industrie.

Certains transports (réguliers et professionnels) peuvent être entrepris sans autorisation ni concession, bien que tombant sous le coup de la régale fédérale. Il en est ainsi des transports assurés par bateaux sans moteur [177], des courses circulaires sans arrêts (lorsqu'elles ne concurrencent pas sensiblement les entreprises de transports publics) [178] et des transports effectués accessoirement par une entreprise ne s'occupant pas de transports [179]. Deux régimes différents s'appliquent aux transports réguliers et professionnels assujettis à la régale. Le premier soumet à concession les entreprises de transports qui exercent une activité présentant un intérêt général pour la communauté et qui se chargent, ce faisant, de l'exploitation d'un service public [180] ; elles auront par conséquent l'obligation d'exploiter, de transporter, d'observer un horaire et d'appliquer un tarif. Le deuxième soumet à autorisation le transport de voyageurs par bateaux qui, ne revêtant pas un intérêt public suffi-

---

[174] Toutefois, l'ordonnance changera alors de base légale pour se fonder désormais sur l'article 7 II de la loi fédérale du 30 octobre 1975 sur la navigation intérieure.

[175] Sont réputées *courses régulières* celles qui, entre les mêmes lieux se répètent plus de deux fois avec des intervalles de moins de seize jours ; cf. art. 3 III de l'ordonnance du 9 août 1972.

[176] Agit à *titre professionnel* celui qui transporte des personnes en vue de se procurer directement ou indirectement un avantage économique ; cf. art. 3 IV de l'ordonnance du 9 août 1972.

[177] Art. 5 de l'ordonnance du 9 août 1972.

[178] Art. 6. de l'ordonnance du 9 août 1972.

[179] Art. 4 de l'ordonnance du 9 août 1972. En outre, les services de transports ne doivent pas offrir des communications appropriées ou seulement des prestations insuffisantes ; les transports doivent être effectués par l'entremise de l'entreprise elle-même ou par un tiers avec des bateaux satisfaisant aux prescriptions cantonales en la matière. Seuls peuvent être transportés le personnel et les hôtes de l'entreprise ; les bateaux doivent porter, de manière lisible, le nom de l'entreprise qui les utilise pour son service accessoire.

[180] Art. 41 I de l'ordonnance du 9 août 1972.

sant, ne constitue pas un service public [181]. Les entreprises titulaires de telles autorisations ne seront donc tenues ni d'exploiter, ni de transporter, ni d'établir un horaire et d'appliquer un tarif. Ce dernier régime est applicable aux courses circulaires de bateaux avec arrêt en cours de route, aux courses à sens unique et aux courses de taxi. Les conditions notamment déterminantes pour l'octroi d'une autorisation ou d'une concession sont sensiblement identiques [182] ; le requérant n'a pas de droit à l'obtention de l'une ou de l'autre.

231.5. *La navigation aérienne*

La loi s'appliquant à ce domaine des transports est la loi du 21 décembre 1948 sur la navigation aérienne [183] ; l'ordonnance sur la navigation aérienne du 14 novembre 1973 en constitue la législation complémentaire [184]. La loi de 1948 a pour fondement direct l'article 37 ter de la Constitution fédérale, lequel a conféré à la Confédération la compétence législative en la matière. On peut se demander si cette délégation de compétence autorisait le législateur fédéral à créer un monopole en faveur de la Confédération. En réalité, le problème ne se posait que pour le transport de choses et de marchandises, le transport de voyageurs et du courrier postal étant déjà soumis à la régale des postes. Le Conseil fédéral, dans son message relatif au projet de loi sur la navigation aérienne [185], était d'avis que l'article 37 ter de la Constitution fédérale accordait à la Confédération le monopole des transports aériens, et que, par conséquent, le transport de biens et de marchandises par la voie des airs relevait également du monopole de la Confédération. La solution du Conseil fédéral a été entérinée par la loi de 1948, raison pour laquelle il nous paraît inutile de discuter cette question plus à fond.

231.51. *L'infrastructure*

Le monopole de la Confédération en matière de navigation aérienne s'étend également à la construction et à l'exploitation d'aérodromes [186] ; toutefois, la Confédération peut confier l'exercice de cette activité à des tiers. Le régime applicable est mixte : ainsi, la construction et l'exploitation

---

[181] Art. 18 I b de l'ordonnance du 9 août 1972.

[182] Art. 9, 18 de l'ordonnance du 9 août 1972.

[183] RS 748.0.

[184] RS 748.01.

[185] Cf. *FF* 1945, I, p. 238.

[186] Le mot « aérodrome » désigne toute étendue de terre ou d'eau aménagée pour le décollage et l'atterrissage d'aéronefs ; cf. art. 30 ONA.

d'aérodromes ouverts à la navigation publique [187] sont soumises à concession fédérale [188], tandis que la construction et l'exploitation d'aérodromes ne servant pas au trafic aérien public [189] ne nécessitent l'octroi que d'une autorisation [190].

Seule la concession pour la construction et l'exploitation d'un aéroport a pour objet une activité de service public [191] ; aussi son titulaire a-t-il l'obligation d'exploiter et de mettre ses installations à disposition des usagers. Actuellement, huit aéroports [192] sont exploités en Suisse, en vertu d'une concession fédérale, tandis que cinquante et un champs d'aviation le sont sur la base d'une autorisation de l'Office fédéral de l'air [193].

L'autorisation et la concession d'exploitation d'un aérodrome se différencient également dans leur procédure d'octroi. En effet, l'autorisation est accordée par l'Office fédéral de l'air « . . . si les exigences minimales requises pour un aérodrome de la classe prévue sont remplies et si la construction et l'exploitation ne nuisent pas à l'intérêt public, compte tenu notamment de la sécurité de la navigation aérienne, de l'aménagement du territoire, de la défense nationale, de la protection de l'environnement et de la protection de la nature et du paysage » [194].

Certes, l'autorité compétente jouit d'une certaine liberté d'appréciation, notamment pour décider si l'intérêt public ne s'oppose pas à la délivrance d'une autorisation ; toutefois, cette liberté d'appréciation est beaucoup plus limitée que celle qui préside à l'octroi d'une concession pour la construction et l'exploitation d'un aéroport [195].

231.52. *Le transport de personnes et de biens*

Selon notre législation, le transport professionnel de personnes et de biens au moyen d'aéronefs est du ressort de la Confédération ; toutefois,

---

[187] Tout aérodrome ouvert au trafic public aérien est un « aéroport » ; cf. art. 31 I ONA.

[188] Cf. art. 37 LNA et art. 36 ONA.

[189] Les aérodromes qui ne sont pas ouverts à la navigation aérienne publique constituent des « champs d'aviation » ; cf. art. 31 II ONA.

[190] Cf. art. 37 II et 42 ONA.

[191] La concession du droit de construire et la concession du droit d'exploiter peuvent être octroyés séparément ; cf. art. 36 III ONA.

[192] Aéroport de Bern-Belp, des Eplatures, de Genève-Cointrin, de Granges, de Lausanne-Blécherette, de Samedan, de Sion et de Zurich.

[193] Pour l'énumération de ces champs d'aviation, cf. *FF* 1974, II, p. 194 ss.

[194] Art. 43 IV ONA.

[195] Art. 38 ONA.

celle-ci a la faculté d'accorder des concessions [196] et de délivrer des autorisations [197].

La concession est accordée pour le transport professionnel [198] de personnes et de biens sur des lignes de navigation exploitées régulièrement [199] : sont donc soumis à concession les vols aériens qui sont accessibles à chacun (c'est-à-dire pour lesquels il n'est pas nécessaire de réserver sa place à l'avance) et sont répétés pendant un certain temps à intervalles réguliers ou à courts intervalles entre deux ou plusieurs régions de trafic et dont l'offre est publiée au moyen d'un horaire ou d'une autre manière (publicité) [200]. En d'autres termes, le système de la concession est applicable aux entreprises suisses dont l'exploitation revêt le caractère d'un service public, avec les particularités de ce dernier [201]. Il en résultera naturellement un certain nombre d'obligations caractéristiques à la charge du concessionnaire (obligation d'exploiter, de contracter et d'adapter, d'établir un horaire et d'appliquer un tarif).

L'ordonnance sur la navigation aérienne du 14 novembre 1973 prévoit une exception à l'application du régime de la concession ; en effet, « lorsque le transport de l'aéroport à l'hôtel et vice versa ainsi que le logement à l'hôtel ou une prestation équivalente sont liés au transport de façon indissociable, la concession n'est pas obligatoire en tant que les conditions mentionnées au quatrième alinéa [202] ne sont pas remplies » [203].

Exception à l'exception : sont cependant soumises à concession les séries de vols s'étendant sur plus de quatre semaines et pour lesquelles l'exploitant prévoit en moyenne :

a) dans le trafic de passagers, plus de deux vols aller et retour par semaine, le retour s'effectuant avant le septième jour ;

b) dans le trafic de fret et dans le trafic mixte de fret et de passagers, plus d'un vol en quatorze jours [204].

---

[196] Art. 27 LNA.

[197] Art. 33 LNA.

[198] L'ordonnance sur la navigation aérienne parle de transport *commercial* de personnes et de biens ; il n'y a toutefois pas lieu de s'attarder sur cette différence terminologique, l'un et l'autre vocable pouvant s'employer indifféremment.

[199] La concession est octroyée sous forme d'une concession générale du droit d'exploiter ou d'une concession pour l'exploitation d'une ou de plusieurs lignes déterminées.

[200] Art. 101 II ONA.

[201] Art. 101 II ONA.

[202] Il s'agit de l'alinéa 4 de l'article 101 ONA.

[203] Art. 101 III ONA.

[204] Art. 101 IV ONA.

Dans un arrêt récent non publié [205], le Tribunal fédéral a déclaré illégale la lettre a) de l'alinéa 4 de l'article 101 de l'ordonnance sur la navigation aérienne [206]. Notre Haute Cour rappelle, dans ses considérants, que dans le système de la loi fédérale sur la navigation aérienne du 21 décembre 1948, les transports aériens non réguliers peuvent être entrepris librement. La compétence du Conseil fédéral pour définir la notion de transport professionnel de personnes et de biens sur des lignes de navigation aérienne et pour tracer la limite entre ce transport, qui fait l'objet d'une concession, et les autres vols professionnels de tout genre soumis à autorisation en vertu de l'article 33 de la loi sur la navigation aérienne n'est pas mise en doute ; toutefois, le Conseil fédéral ne peut pas poser des règles nouvelles restreignant les droits des administrés et qui ne sont pas contenues dans la loi [207]. Il n'est dès lors pas compétent pour soumettre à concession un genre de transport pouvant s'effectuer, en vertu de la loi, sur la base d'une simple autorisation de police. D'ailleurs, poursuit le Tribunal fédéral, les vols navette ne sauraient être assimilés au trafic de ligne, notamment par le fait qu'ils n'offrent pas aux voyageurs les mêmes possibilités [208] ; le critère de la durée du séjour au lieu de destination, qui est à la base de l'article 101, alinéa 4, lettre a) de l'ordonnance, n'est pas non plus déterminant [209]. En fait, l'article 101, alinéa 4, lettre a) de l'ordonnance n'a pas d'autre but que de protéger le trafic de ligne contre la concurrence des *vols navette* et résulte donc de considérations de politique économique ; il ne tend pas à sauvegarder d'autres intérêts publics qui pourraient justifier l'atteinte portée à la liberté du commerce et de l'industrie, laquelle couvre l'organisation des *vols navette*. En conséquence, l'organisation de tels vols ne peut pas être soumise à concession ; aussi l'article 101, alinéa 4, lettre a) est-il illégal et inconstitutionnel. Les vols navette restent donc soumis à simple autorisation de police.

---

[205] Société anonyme des transports aériens (SATA) contre Département fédéral des transports et communications et de l'énergie, 20 décembre 1974. Nous le résumons donc au texte.

[206] Les vols visés par cette disposition sont les *vols navette*, arrangements forfaitaires comprenant non seulement le prix du voyage, mais aussi certaines prestations supplémentaires, comme le transport de l'aéroport à l'hôtel et le logement ; la durée du séjour est limitée généralement à deux, trois ou quatre jours.

[207] Le Conseil fédéral n'aurait pu édicter de telles règles qu'en vertu d'une délégation expresse ; or, tel n'est pas le cas.

[208] L'usager d'un vol navette n'a notamment pas le droit de choisir librement le vol de retour.

[209] Ce critère repose sur l'idée qu'en cas de séjour de courte durée, les prestations autres que le transport (logement, transport de l'aéroport à l'hôtel) n'ont plus qu'une importance insignifiante et que, par conséquent, ces vols sont soumis à concession.

Quant aux autorisations, elles sont délivrées pour l'exécution de vols professionnels non réguliers, quel que soit leur genre, et qui ne sont pas soumis à concession en vertu de l'article 101 de l'ordonnance sur la navigation aérienne.

Concessions et autorisations se distinguent également quant aux conditions qui président à leur octroi. En effet, l'autorité compétente jouit d'une certaine liberté d'appréciation dans le cadre de la délivrance d'une concession [210] ; au contraire, l'autorisation doit être accordée si les conditions énumérées par le législateur sont satisfaites [211].

Qu'en est-il dans notre pays du statut des compagnies étrangères de navigation aérienne ? On peut distinguer deux situations. Si le pays dont dépend la compagnie étrangère a conclu un accord international aéronautique [212] avec la Suisse, il appartient à ce texte de déterminer les conditions d'admission de la compagnie étrangère au transport régulier et commercial de lignes [213] ; ces traités prévoient que notre pays est tenu d'octroyer à la compagnie désignée par l'Etat étranger une autorisation d'exploiter les lignes aériennes régulières désignées dans l'accord. En revanche, si le pays dont relève la compagnie n'a pas conclu de convention aéronautique avec la Suisse, ou si la ligne que la compagnie entend exploiter ne fait pas l'objet du traité entre les deux pays, l'entreprise de navigation aérienne devra obtenir une concession [214] si elle entend exploiter commercialement des lignes régulières dans notre pays. Remarquons pour terminer que les entreprises étrangères peuvent également obtenir une autorisation d'effectuer des transports non réguliers.

Douze compagnies de navigation aérienne, dont dix étrangères [215], étaient titulaires, au 31 janvier 1977, d'une concession pour l'exploitation de lignes régulières. Parmi elles, seules les entreprises suisses Swissair et ALAG [216] sont soumises aux obligations d'exploiter et de transporter et doivent publier

---

[210] Art. 105 ONA.

[211] Art. 115 ONA.

[212] Pour la liste des pays ayant conclu de tels accords, cf. Table des matières du Recueil systématique, 1976, p. 339 ss.

[213] Art. 103 ONA.

[214] Art. 103 II ONA.

[215] Air France, Air Malta, British Airways, CSA (Ceskoslovenske Aerolinie), KLM (Royal Dutch Airlines), Pleuger Flugbetriebsgesellschaft mbH, SAS (Scandinavian Airlines), Touraine Air Transport, Pan American World Airways, Kenya Airways Ltd.

[216] Sigle de Alpinen Luft-Transport AG ; la concession de l'ALAG n'est valable que durant les mois d'hiver et pour la ligne Zurich - Saint-Moritz.

un horaire et un tarif. Quant aux autres entreprises concessionnaires, elles ne sont titulaires que de concessions de régale, l'activité qu'elles exercent ne revêtant pas les caractéristiques d'un service public ; nous n'en parlerons plus dans la suite de notre travail.

231.6. *Les transports par téléphériques, télécabines, ascenseurs et funiculaires*

Le transport professionnel régulier et périodique de personnes par téléphériques, télécabines, ascenseurs [217] et funiculaires relève également de la régale fédérale des postes ; toutefois, le Département fédéral des transports et communications et de l'énergie peut accorder des concessions [218].

L'intérêt public à l'organisation de tels transports est certes existant ; toutefois, il nous paraît moins évident que pour les autres modes de transport [219]. En effet, ce genre d'installations sert, la plupart du temps, à des activités de loisirs saisonniers ; il lui manque donc la régularité dans l'exploitation. De plus, nous n'avons trouvé ni dans les textes légaux applicables [220], ni dans les nombreuses concessions que nous avons consultées, de dispositions tant sur l'obligation d'exploiter que sur celle de transporter. Bien sûr, l'établissement d'un horaire et l'application d'un tarif sont prévus ; toute-

---

[217] Il s'agit ici non pas des ascenseurs en service dans les immeubles et à disposition des locataires, mais de ceux qui sont utilisés comme moyen de transport et sont accessibles au public.

[218] Art. 1, 3 de l'ordonnance concernant l'octroi des concessions et le contrôle des entreprises d'automobiles, ascenseurs et chemins de fer, funiculaires aériens, du 18 septembre 1906 (RS 743.11).

[219] Dans le même sens, cf. Mossu, p. 59.

[220] Cf. ordonnance du 18 septembre 1906 concernant l'octroi des concessions et le contrôle des entreprises d'automobiles, ascenseurs, chemins de fer et funiculaires aériens (RS 743.11).

Il faut noter que les téléphériques assurant le transport régulier, mais non professionnel de personnes et ceux qui sont exploités comme services auxiliaires nécessaires d'entreprises n'exécutant pas de transports ne sont pas soumis à concession fédérale, en vertu de l'art. 2, al. 2 de la loi fédérale sur le service des postes. Il en est de même des petits téléphériques qui transportent à tire professionnel et régulièrement des personnes et des téléphériques fonctionnant lors d'une exposition et dans l'enceinte de cette dernière ; cf. ordonnance du 22 mars 1972 sur les téléphériques servant au transport de personnes sans concession fédérale et sur les téléskis (RS 743.21). Voir également : Concordat intercantonal concernant les installations de transport par câbles et skilifts sans concession fédérale, du 15 octobre 1951 (RS 743.22).

fois, cela nous paraît insuffisant pour pouvoir parler de services publics exploités dans l'intérêt de tous les administrés. D'ailleurs, même si on l'admettait, on ne pourrait guère les placer sur pied d'égalité et les comparer avec les autres services, en raison principalement du régime juridique différent qui leur est applicable. Pour ces raisons, les concessions accordées par l'autorité fédérale dans ce domaine des transports nous semblent être des concessions de régale et non pas de service public ; nous les laisserons donc de côté dans la suite de notre thèse.

231.7. *D'autres monopoles de droit concédés*

231.71. *Les concessions fédérales accordées en vertu de la régale des télégraphes et des téléphones* [221]

En vertu de l'article premier de la loi fédérale réglant la correspondance télégraphique et téléphonique du 14 octobre 1922 [222], l'entreprise des PTT « a le droit exclusif d'établir et d'exploiter des installations expéditrices et réceptrices ou des installations de n'importe quelle nature servant à la transmission électrique ou radio-électrique de signaux, d'images ou de sons ».

Nous n'examinerons pas en détail l'étendue de la régale fédérale [223] ; le lecteur voudra bien se référer à d'autres ouvrages sur ce point [224]. L'Etat n'est pas tenu d'exercer lui-même toutes les activités couvertes par la régale ; il peut accorder des concessions [225]. Notons cependant que l'administration fédérale gère directement (par l'entremise de l'entreprise des PTT) le service téléphonique et télégraphique public.

Les concessions accordées en vertu du monopole fédéral sont extrêmement nombreuses ; nous nous contenterons ici de reprendre purement et simplement la classification, en deux grandes catégories, adoptée par la législation. L'ordonnance I relative à la loi réglant la correspondance télégraphique et téléphonique du 10 décembre 1973 distingue les concessions

---

[221] Art. 36 Cst.

[222] RS 784.0.

[223] Un certain nombre d'exceptions à la régale sont prévues par l'art. 2 II de la loi fédérale réglant la correspondance télégraphique et téléphonique et par l'art. 2 de l'ordonnance I relative à la loi du 10 décembre 1973.

[224] Voir, par exemple, Mossu, p. 83 ss. ; Tuason, p. 34 ss.

[225] Art. 3 de la loi fédérale du 14 octobre 1922 réglant la correspondance télégraphique et téléphonique.

pour installations émettrices et réceptrices [226] d'une part, et les concessions d'installateur et de démonstrateur [227], d'autre part [228].

Toutes les concessions fédérales octroyées dans ce domaine sont des concessions de régale ; elles n'ont en effet pas pour objet l'exercice d'une activité d'intérêt public. On peut toutefois hésiter quant à la qualification de deux d'entre elles, celle accordée à la Société suisse de radiodiffusion et de télévision (SSR) [229] et celle pour l'exploitation d'une station de télégraphie et de téléphonie sans fil octroyée à Radio-Suisse S. A. [230]. Nous ne les étudierons toutefois pas parce qu'il n'y a pour chacune qu'un seul concessionnaire et qu'elles ne sont dès lors guère typiques du régime de la concession de service public.

231.72. *Quelques monopoles cantonaux concédés*

Dans certains cantons, le service du ramonage fait également l'objet d'un monopole ; c'est le cas à Berne [231], en Valais [232] et à Fribourg, où celui qui veut exercer la profession de ramoneur doit être titulaire d'une conces-

---

[226] Les concessions pour installations émettrices et réceptrices se composent des concessions pour installations reliées par fil, des concessions d'installations radioémettrices, des concessions I et II pour installations radioréceptrices de télévision. Certaines de ces catégories se divisent à leur tour en sous-catégories.

[227] Les concessions d'installateur et de démonstrateur se subdivisent en concession d'installateur de radio et de télévision, en concession pour le montage d'installations radioréceptrices, en concession pour la démonstration de radiorécepteurs et de téléviseurs et, enfin, en concession d'installateur de téléphones. Certaines de ces catégories se divisent également en sous-catégories.

[228] Pour plus de précisions sur les divers genres de concessions : cf. TUASON, p. 37 ss. ; MOSSU, p. 99 ss.

[229] Concession du 27 octobre 1964 pour « l'usage des installations électriques et radioélectriques de l'Entreprise des postes, téléphones et télégraphes suisses ainsi que d'autres installations similaires soumises à concession en vue de la diffusion publique, sous la responsabilité de ladite société, de programmes de radiodiffusion sonore et de télévision » ; pour le texte de cette concession, cf. *FF* 1964, II, p. 1195 ; cf. également MOSSU, p. 95 ss.

L'insertion dans la constitution d'un nouvel article constitutionnel sur la radiodiffusion et la télévision (art. 36 quater) a été rejetée par le peuple et les cantons lors de la votation du 26 septembre 1976. Pour le texte de cet article et le message y relatif, cf. *FF* 1973, II, p. 1201 ss.

[230] Cf. MOSSU, p. 97 ss.

[231] Ordonnance bernoise du 14 mars 1973.

[232] Arrêté du 1er octobre 1969 sur le service du ramonage.

sion [233] : il a alors le droit exclusif de ramoner dans la portion de territoire qui lui a été attribuée. Le ramoneur concessionnaire est tenu, en contrepartie de l'exclusivité dont il jouit, de remplir certaines obligations relatives à la police du feu. Le service des convois funèbres et des inhumations peut également faire l'objet d'un monopole ; dans le canton de Vaud, par exemple, il appartient, le cas échéant, aux communes, qui ont la faculté d'en concéder l'exercice à des entreprises privées [234]. De même, la loi vaudoise du 22 septembre 1970 sur les procédés de réclame accorde aux communes la faculté de monopoliser l'affichage sur leur territoire [235] ; elles ont toutefois le droit de concéder cette activité à un ou plusieurs concessionnaires [236].

On peut se demander si les activités dont nous venons de parler constituent des services publics. En l'espèce, de tels monopoles ont été institués avant tout pour des motifs de police [237], et non parce que les activités qui en font l'objet représentent un intérêt général prépondérant pour la communauté. En tout état de cause, même si on doit reconnaître un certain intérêt à la prise en charge par la corporation publique de telles activités et admettre par conséquent qu'elles constituent des services publics, il n'est pas possible de les placer sur pied d'égalité et de les comparer avec les concessions accordées dans le domaine des transports et de la distribution de l'eau, du gaz et de l'électricité. Pour ces raisons, nous ne parlerons plus, dans la suite de notre travail, des concessions de ramonage, d'organisation de convois funèbres et d'affichages.

232. *Les monopoles de fait*

L'approvisionnement en eau, gaz et électricité n'est pas réglé par le droit fédéral [238] : ce domaine relève, par conséquent, de la législation cantonale.

L'approvisionnement en eau, gaz et électricité ne constitue, à notre connaissance, nulle part en Suisse un monopole de droit ; la compétence des pouvoirs publics en la matière repose sur la souveraineté qu'ils exercent sur

---

[233] L'ordonnance bernoise et la loi fribourgeoise sur la police du feu utilisent le terme « patente ».

[234] Art. 17 de l'arrêté du 13 septembre 1960 sur les inhumations et les incinérations.

[235] Art. 17 de la loi ; le Tribunal fédéral a confirmé l'admissibilité, au regard de l'art. 31 de la Constitution fédérale, du monopole de l'affichage ; cf. RO 100 I a 445.

[236] C'est le cas de la commune de Lausanne qui a accordé une concession exclusive.

[237] Cf. RO 96 I 204.

[238] Seul l'art. 46 de la loi fédérale du 24 juin 1902 concernant les installations électriques à faible et à fort courant fait allusion à la distribution de l'électricité par les communes ; pour le surplus, ce texte légal se compose essentiellement de dispositions d'ordre technique (RS 734).

le domaine public et sur le fait que les particuliers ne peuvent entreprendre une telle activité que s'ils sont titulaires d'une concession d'utilisation du domaine public. Cette dernière constitue également une concession de service public, de par l'intérêt que représente pour la collectivité la distribution d'eau, de gaz et d'électricité ; aussi cette activité est-elle soumise au régime qui caractérise les services publics.

232.1. *La distribution de l'eau*

Dans le canton de Vaud [239], les communes ont l'obligation de fournir, dans les limites de l'article premier de la loi, l'eau potable et l'eau nécessaire à la lutte contre le feu [240]. En général, cette eau est fournie directement par la commune (ou ses services industriels) ou par plusieurs d'entre elles se groupant à cet effet [241]. Cependant, la distribution de l'eau peut être confiée à une personne privée (particulier ou personne morale) ou publique (par exemple, une autre commune) à laquelle la concession est accordée [242].

C'est notamment le cas des Services industriels lausannois [243], qui assurent actuellement l'approvisionnement au détail des consommateurs établis sur le territoire de quatorze communes environnantes [244]. S'agissant de l'exercice d'une activité de service public, le concessionnaire est tenu, aux termes de la loi et de la concession, de fournir régulièrement l'eau dont la commune concédante et ses habitants ont besoin, de relier au réseau tout abonné situé dans le périmètre territorial défini à l'article premier, alinéa 1 de la loi sur

---

[239] Dans les autres cantons, l'eau est fournie directement par les communes ou des groupements de communes, du moins en ce qui concerne les agglomérations d'une certaine importance. Dans le canton de Genève, l'approvisionnement est assuré par les Services industriels genevois, constitués en établissement de droit public. Lorsque, exceptionnellement, l'eau est distribuée par des particuliers (personnes physiques, société anonyme), ils ne sont généralement pas titulaires d'une concession ; ainsi, par exemple, la distribution d'eau est assurée dans la commune de Champéry (VS) par la Société anonyme des eaux et d'électricité de Champéry, qui a été déclarée d'utilité publique par le Conseil d'Etat du Valais ; en même temps, la Bourgeoisie de Champéry a cédé à la société une source d'eau ; l'acte de cession prévoit un monopole de distribution en faveur de la Société des Eaux et d'Electricité de Champéry.

[240] Loi du 30 novembre 1964 sur la distribution de l'eau.

[241] Par exemple, le Service intercommunal des eaux de Vevey-Montreux ; DENÉRÉAZ, *RDS* 1953, p. 15 a ss.

[242] Art. 6 I de la loi sur la distribution de l'eau ; la faculté d'accorder une concession existe également dans le canton du Tessin, en vertu de la loi de 1907 sur la municipalisation des services publics.

[243] Ils constituent une branche de l'administration communale lausannoise.

[244] Chavannes, Cheseaux, Crissier, Denges, Echandens, Ecublens, Epalinges, Jouxtens-Mézery, Lonay, Le Mont, Préverenges, Prilly, Renens, Saint-Sulpice.

la distribution de l'eau et de développer le réseau de distribution, conformément aux modifications de plan d'extension communal.

Il incombe à la commune concédante ou à l'organe qui la représente de s'assurer [245] que le concessionnaire s'acquitte convenablement de sa tâche et, si nécessaire, de pallier ses défaillances ; cela nous confirme dans notre idée, si besoin était, qu'il s'agit là effectivement d'une activité exercée dans l'intérêt de tous les administrés.

232.2. *La distribution de l'électricité et du gaz*

Dans le canton de Vaud [246], aucun texte législatif vaudois ne réglemente, à proprement parler, la distribution du gaz [247] et de l'électricité. Il convient, par conséquent, de se référer à la pratique administrative et, pour la connaître, d'examiner les textes de concession en vigueur. Dans le canton de Vaud, nous avons déjà eu l'occasion de le préciser, la distribution du gaz et de l'électricité est une des tâches propres des communes. Ces dernières ont donc la faculté de la prendre en charge elles-mêmes ou de la concéder à un

---

[245] Art. 6 II de la loi sur la distribution de l'eau du 30 noevmbre 1964.

[246] Dans le canton de *Fribourg* l'approvisionnement est assuré par les Entreprises électriques fribourgeoises (EEF). La loi du 9 mai 1950 sur les EEF légitime cette entreprise, constituée en établissement de droit public, à disposer des forces hydrauliques du canton pour produire de l'énergie électrique, à étendre ses réseaux de distribution et à acquérir ou exploiter, en tout ou partie, des entreprises électriques.

Dans le canton de *Genève,* la distribution de l'électricité est assurée par les Services industriels genevois, constitués en établissement de droit public. La loi du 5 octobre 1973 leur confère le droit d'utiliser le domaine public pour l'installation de leur réseau de distribution (voir également l'art. 108, litt. c de la Constitution genevoise).

Dans le canton du *Valais,* l'approvisionnement est assuré, dans la majorité des cas, par les services industriels communaux.

Dans le canton de *Neuchâtel,* la distribution est assurée par les services industriels communaux et par l'Electricité Neuchâteloise S. A. (ENSA), entreprise d'économie mixte dont le capital social est réservé en priorité au canton et aux communes et qui a racheté progressivement un certain nombre de réseaux de distribution locaux.

Dans les cantons de Fribourg, Genève, Valais et Neuchâtel, il n'existe pas, à notre connaissance, de concession de distribution d'électricité.

Dans le canton de *Berne,* la distribution d'énergie électrique est assurée par des groupements de communes et par des entreprises, dont l'une, les Forces Motrices Bernoises S. A., entreprise d'économie mixte, couvre les deux tiers des besoins cantonaux ; cette entreprise distribue sur la base de concessions qui lui sont octroyées par les communes.

[247] Il faut mentionner cependant l'art. 42 ter de l'arrêté du 14 avril 1967 modifiant le règlement d'application du 10 mars 1944 de la loi sur les constructions et l'aménagement du territoire, qui prévoit l'obligation d'amener le gaz dans les immeubles nouveaux ou faisant l'objet d'importantes transformations et susceptibles d'être raccordés à un réseau existant ou projeté.

particulier ou à une personne morale de droit privé ou de droit public. L'approvisionnement en électricité est assuré, pour l'essentiel, par les services industriels communaux (locaux et concessionnaires) et par deux grandes entreprises concessionnaires [248] possédant chacune leur propre zone de distribution. Quant au gaz, il est distribué tant par les services industriels communaux (locaux et concessionnaires) [249] que par des entreprises privées [250].

S'agissant de l'exercice d'une activité de service public, les textes de concession prévoient, en substance, que le concessionnaire s'engage à fournir l'électricité à la commune concédante et aux particuliers qui résident sur son territoire, aux conditions fixées par les règlements de distribution et les tarifs en vigueur. L'obligation d'approvisionnement n'est toutefois pas absolue ; elle ne s'applique pas « aux maisons trop éloignées des agglomérations et qui nécessiteraient des installations dont le coût serait hors de proportion avec le montant de l'abonnement [251] » et aux immeubles situés hors des zones de construction, à moins, bien entendu, que le futur abonné ne prenne à sa charge tous les frais de raccordement au réseau principal.

L'article premier, alinéa 1 du règlement uniforme [252] de fourniture de l'énergie électrique dispose en outre que « le distributeur assure un approvisionnement permanent et complet, dans les limites de la tolérance usuelle pour la tension et la fréquence » ; il est donc tenu d'exploiter. Les mêmes règles valent, *mutatis mutandis,* pour la fourniture du gaz. Le concessionnaire s'oblige en effet à établir, entretenir et exploiter le réseau existant et à procéder à toute extension, aux conditions de son règlement de distribution

---

[248] Compagnie Vaudoise d'Electricité (CVE) et Société Romande d'Electricité (SRE) ; ces deux distributeurs sont des sociétés anonymes d'économie mixte ; particuliers et corporations publiques participent tant à leur capital social qu'à leur administration.

[249] Ainsi, les Services industriels lausannois assurent la quasi-totalité de l'approvisionnement en gaz de la Riviera lémanique, de Cully à Nyon.

[250] Par exemple, la Compagnie Industrielle et Commerciale du Gaz S. A. qui distribue sur le territoire des communes de Vevey, Chardonne, Jongny, Corseaux, Corsier, La Tour-de-Peilz, Montreux et Veytaux, sur la base d'une « convention » conclue le 29 juin 1963 ; cette société assure également l'approvisionnement des communes de Blonay, Chexbres, Rivaz, Saint-Légier et Saint-Saphorin ; les communes participent au capital social sans toutefois détenir la majorité des actions ; elles ont cependant le droit de déléguer des représentants au sein du conseil d'administration et du collège des contrôleurs des comptes, conformément à l'art. 762 CO.

La Société du gaz de la Plaine du Rhône S. A. distribue le gaz dans les communes de Rennaz, Aigle, Leysin, Bex, Monthey, Saint-Maurice, Ollon, Villeneuve, Collombey-Muraz, Roche et Lavey-Morcles sur la base de six conventions conclues à des dates différentes ; elle dessert par ailleurs les communes de Huémoz, de Chesières et de Villars. Les communes concédantes détiennent la majorité du capital social.

[251] Art. 10 II de la concession type de distribution de la CVE.

[252] Ce règlement a été adopté par huit entreprises distributrices.

et des dispositions cantonales relatives à l'obligation d'amener le gaz dans les immeubles [253].

232.3. *Le problème du monopole des installations intérieures*

Le monopole des installations électriques intérieures a souvent été revendiqué par les communes ou leurs services industriels. La récente jurisprudence du Tribunal fédéral en la matière n'admet cependant que restrictivement l'extension par une commune de son monopole de fait pour la distribution de l'énergie électrique à un monopole sur les installations intérieures. C'est ainsi qu'un pur intérêt fiscal ne suffit pas [254]. De même, des motifs tirés de la sécurité des installations ne sont pas déterminants ; en effet, « les installations ne peuvent être établies, modifiées ou réparées que par des gens du métier, c'est-à-dire par des personnes qui ont subi l'examen de maîtrise pour installateurs-électriciens ou par celles qui possèdent une attestation d'études d'électro-technicien complètes dans une école supérieure suisse ou un technicum cantonal et peuvent justifier d'une activité pratique suffisante dans la branche des installations intérieures » [255]. De plus, le travail d'exécution ne peut être confié qu'à des personnes titulaires d'un diplôme de fin d'apprentissage de monteur-électricien ou monteur sur courant fort ; des aides et des auxiliaires ne peuvent travailler que sous la surveillance de ces personnes [256]. En conséquence, vu les exigences légales très strictes en la matière, les installations intérieures exécutées par des monteurs privés présentent les mêmes garanties de sécurité que celles qui sont établies par des services communaux.

En revanche, le monopole des installations intérieures peut se justifier pour des motifs d'intérêt public ; constitue notamment un tel motif la livraison, au prix le plus bas possible, du courant électrique. Les entreprises communales sont obligées, tant pour construire et entretenir leurs installations que pour assurer un service de piquet en cas d'urgence et de perturbation dans leur exploitation, de disposer d'un effectif de personnel suffisant ; pour certaines d'entre elles, seule l'existence d'un département s'occupant d'établir des installations intérieures leur permet, économiquement parlant, de disposer de tout le personnel nécessaire, en assurant à ce dernier un travail suffisant durant toute l'année. Faute de l'existence d'un service d'installations

---

[253] Cf. note 247 p. 55.

[254] Ro 95 I 144 = JT 1970 I 203 ; RO 95 I 155 = JT 1970 I 213 ; RO 95 I 236 = JT 1971 I 10.

[255] RO 95 I 144 = JT 1970 I 208 ; voir également art. 120 ter de l'ordonnance du 7 juillet 1933 sur l'établissement, l'exploitation et l'entretien des installations électriques à fort courant (RS 734.2).

[256] Cf. art. 120 quater de l'ordonnance citée à la note 255 ci-dessus.

intérieure, l'entreprise communale distributrice devrait licencier une partie de son personnel, ce qui aurait pour effet qu'elle ne pourrait plus intervenir avec la rapidité nécessaire, pour éliminer les perturbations intervenant sur son réseau de distribution ; or, l'intervention rapide en cas d'urgence présente incontestablement un intérêt public. Si ces conditions sont réalisées, le monopole communal pour les installations intérieures est compatible avec l'article 31 de la Constitution fédérale. Le Tribunal fédéral a cependant fait remarquer que l'intérêt public à une rapide intervention lors de dérangements intervenant sur le réseau de distribution pouvait fort bien être sauvegardé par des charges et des conditions imposées aux installateurs privés, lesquelles les obligeraient à organiser un service de piquet ; ce sont là peut-être les prémices d'une évolution jurisprudentielle déclarant définitivement contraire à la Constitution fédérale le monopole communal sur les installations intérieures.

Bien que nous n'ayons pas trouvé de décision récente du Tribunal fédéral relative au monopole des installations intérieures indispensables à la distribution de l'eau et du gaz et confirmant l'évolution jurisprudentielle survenue dans le domaine des installations intérieures électriques, nous pensons que notre Haute Cour adopterait une solution identique, si elle avait à se prononcer [257].

24. **Le contenu des actes de concessions de service public**

241. *Les concessions de transport par chemins de fer* (y compris les tramways)

La concession est octroyée par l'Assemblée fédérale, sous la forme d'un arrêté simple [258], en vertu de l'article 5, alinéa 2 de la loi fédérale du 20 décembre 1957 sur les chemins de fer. Il s'agit d'un texte type, se com-

[257] A notre connaissance, le dernier arrêt rendu dans le cadre du monopole des installations intérieures pour la distribution de l'eau et du gaz a été publié au RO 88 I 200 ; dans cet arrêt, le Tribunal fédéral était d'avis que lorsqu'une commune institue un service public (distribution d'eau et de gaz), elle peut y soumettre toute l'activité qui y rentre normalement (par exemple, les installations intérieures) ; en pareil cas, l'ensemble de cette activité est soustraite à la liberté du commerce et de l'industrie.

[258] Cet arrêté n'est pas soumis au référendum ; depuis le 1er mai 1973, le Conseil fédéral est habilité à renouveler, dans certains cas, une concession : cf. art. 5 III LChf et notre ch. 3.

posant généralement d'une quinzaine d'articles, adapté quant au détail de certaines de ses dispositions à chaque cas d'espèce.

Chaque concession précise sa durée de validité, le siège social de l'entreprise, la ou les lignes dont l'exploitation est autorisée. L'obligation de l'entreprise de s'assurer en responsabilité civile et de créer un fonds de prévoyance au bénéfice du personnel ainsi que le droit de contrôle des fonctionnaires fédéraux désignés à cet effet font également l'objet de dispositions expresses.

Particulièrement intéressantes pour nous sont les clauses rappelant et précisant les obligations essentielles du concessionnaire et qui font de son entreprise un véritable service public à disposition de tous les administrés : entrent dans cette catégorie celles qui traitent de l'obligation de transporter, d'exploiter et d'établir un horaire et un tarif. Le rachat de l'entreprise par l'Etat, l'écartement des voies, les classes de voitures et leur genre, la lutte contre le bruit sont également des thèmes qui reviennent fréquemment dans les textes de concessions. Plus rares en revanche sont les dispositions qui déterminent la force électromotrice utilisée [259] et son genre [260]. Le contenu des concessions de tramways est pratiquement identique ; l'utilisation de la voie publique fait cependant l'objet d'une disposition particulière [261].

242. *Les concessions de transport par automobiles*

La concession I pour transport régulier et à titre professionnel de personnes au moyen de véhicules automobiles est accordée par le Département des transports et communications et de l'énergie. Elle fait l'objet d'un texte type comportant une quinzaine d'articles qui déterminent notamment la durée pour laquelle elle est accordée, la ou les lignes concédées, la désignation et le siège de l'entreprise. Quelques dispositions rappellent au concessionnaire certaines obligations légales : s'assurer en responsabilité civile, établir et communiquer chaque année à l'autorité concédante une statistique de transport. Les caractéristiques de service public font naturellement l'objet de clauses spéciales ; il en est ainsi de l'obligation d'exploiter et de transporter et de l'obligation d'établir un horaire et un tarif. D'autres dispositions traitent du contrôle par l'autorité de surveillance, de l'obligation pour le concessionnaire

---

[259] Par exemple, art. 5 de la concession du chemin de fer Saint-Gall - Gais -Appenzell - Altstätten du 10 juin 1965 ; 1500 volts, cf. RT 1965, p. 191.

[260] Par exemple, concession du chemin de fer Brig - Visp - Zermatt du 4 octobre 1966 ; art. 5 : courant électrique alternatif de 1100 volts, cf. RT 1966, p. 324.

[261] Le droit d'utiliser la voie publique n'est pas conféré par la concession fédérale, qui ne fait que de le mentionner ; il appartient aux autorités cantonales compétentes de l'accorder.

d'établir une comptabilité et de la soumettre à l'autorité de surveillance, du personnel et de ses qualifications professionnelles.

Le contenu des concessions de trolleybus est pratiquement identique ; s'y ajoutent cependant des clauses sur l'autorisation d'utiliser la voie publique, la nationalité des administrateurs de l'entreprise [262] et sur l'enlèvement des installations au cas où la concession se périmerait ou ne serait pas renouvelée. A noter que, généralement, obligation est faite aux entreprises de trolleybus de tenir compte, en premier lieu, de l'industrie suisse dans ses adjudications pour la construction et l'entretien de ses installations et de ses véhicules [263].

243. *Les concessions de navigation sur les lacs et cours d'eau*

Les concessions de navigation intérieure sont également octroyées par le Département des transports et communications et de l'énergie. Ces textes, se composant généralement d'une quinzaine d'articles, diffèrent peu, quant à leur contenu, des concessions de transports par automobiles ou par trolleybus. On y trouve cependant quelques règles particulières, par exemple des dispositions sur la protection des eaux contre la pollution, sur la lutte contre le bruit et sur la formation du personnel ; le texte de la concession prévoit généralement expressément que l'autorité peut abroger la concession sans indemnité si l'entreprise n'observe pas les dispositions de la loi, de la concession ou même les instructions de l'autorité de surveillance [264] ; la suspension de l'exploitation pendant une année constitue également un motif d'abrogation [265].

244. *Les concessions de navigation aérienne*

244.1. *Les concessions pour l'exploitation de lignes*

Les concessions de navigation aérienne pour ligne(s) régulière(s) sont également octroyées par le Département des transports et communications et de l'énergie. Actuellement, seules deux compagnies [266] sont au bénéfice de

---

[262] En ce qui concerne les chemins de fer, cf. art. 13 I LChf.

[263] Nous examinerons la validité d'une telle clause au ch. 563.

[264] Cf. art. 52 de l'ordonnance concernant la navigation soumise à concession ou à autorisation.

[265] Art. 17 de l'ordonnance concernant la navigation soumise à concession ou à autorisation.

[266] Cf. ch. 231.52.

véritables concessions de service public : la Swissair [267], à qui un droit général d'exploiter a été concédé, et l'ALAG [268], qui exploite régulièrement la ligne Zurich - Saint-Moritz durant la saison d'hiver.

Chacune de ces deux concessions précise sa durée de validité, la raison sociale de la compagnie bénéficiaire et désigne, le cas échéant, la ou les lignes dont l'exploitation est autorisée. L'obligation pour le concessionnaire de faire approuver, avant leur mise en vigueur, son horaire, ses tarifs et ses plans de vol et le droit de contrôle de l'autorité concédante font également l'objet de dispositions expresses ; il en est de même des obligations d'exploiter et de transporter. La concession de la Swissair contient également des clauses consacrées à la prévoyance en faveur du personnel [269], à la création de réserves et aux transports que la société doit effectuer gratuitement ou à prix réduits ; le droit de rachat que la Confédération peut exercer sur l'entreprise fait l'objet d'une disposition expresse. La concession octroyée à l'ALAG précise que le Département des transports et communications et de l'énergie doit être consulté à propos de toute modification des statuts de l'entreprise ; le droit de retrait de la concession sans indemnité pour le concessionnaire est également prévu, lorsque ce dernier satisfait mal ou plus du tout à ses obligations.

244.2. *Les concessions pour l'exploitation d'un aéroport*

Les concessions pour l'exploitation d'aéroports sont octroyées par le Département fédéral des transports et communications et de l'énergie [270]. Actuellement, huit aéroports sont exploités, dans notre pays, en vertu d'une concession fédérale [271].

Les concessions d'aéroports font l'objet d'un texte type comportant une quinzaine d'articles, qui précise notamment la durée pour laquelle elle a été accordée [272], les heures d'ouverture de l'aéroport [273] et le genre d'aéronefs qui peuvent y atterrir. Certaines clauses rappellent au concessionnaire les obligations découlant du caractère de service public de l'activité qu'il exerce : obligations d'exploiter et de mettre à disposition de tous les usagers les ins-

---

[267] Concession du 19 décembre 1966 (RT 1966, p. 387).

[268] Concession du 19 octobre 1964, non publiée.

[269] Cf. art. 29 II LNA et 106 III b ONA ; voir également à ce sujet ch. 561.

[270] Cf. art. 31 I LNA et 36 I ONA.

[271] Cf. ch. 231.51.

[272] Cette durée est de cinquante ans pour les aéroports de Zurich et de Genève-Cointrin, de cinq ans pour celui de Lausanne-Blécherette et, enfin, de trente ans pour les autres aéroports.

[273] Les aéroports de Genève-Cointrin et de Zurich doivent être ouverts en permanence.

tallations de l'aéroport [274], obligation d'établir un règlement d'exploitation et un tarif des redevances et de les soumettre à l'approbation de l'Office fédéral de l'air [275]. Certains parmi les droits du concessionnaire font également l'objet d'une clause expresse du texte de concession ; il en est ainsi du droit d'exploiter l'aéroport [276], de percevoir des redevances [277], d'interdire et de restreindre ou de soumettre à conditions, sous réserve d'en informer l'Office fédéral de l'air, l'accès de l'aéroport pour certains vols [278].

245. *Les concessions de distribution d'eau, de gaz et d'électricité en droit vaudois*

Contrairement aux textes dont nous venons d'examiner le contenu, les concessions de distribution d'eau, de gaz et d'électricité n'apparaissent pas sous la forme d'une décision administrative. Au contraire, nous dirons, sans pour autant présumer de leur nature juridique, qu'elles se présentent, dans leur aspect extérieur tout au moins, comme de véritables conventions réglant les droits et les obligations réciproques de deux parties contractantes ; elles sont d'ailleurs souvent effectivement intitulées « convention » ou « contrat ». Si, au contraire, le terme de « concession » est utilisé pour les désigner, leur préambule rappelle généralement celui qui précède un contrat ; en effet, il est rédigé souvent de la manière suivante : « Entre la commune de X, représentée par ... d'une part, et la Compagnie X d'électricité, représentée par ..., d'autre part, il a été fait la convention suivante. » [279]

La terminologie utilisée ne doit cependant pas tromper : il s'agit bien d'une concession de service public, comme nous l'avons déjà montré [280] : en effet, par cet acte, la commune concédante accorde au concessionnaire un droit d'usage privatif sur son domaine et, ce faisant, le droit d'exercer sur son territoire une activité de service public dont elle possède le monopole (de fait).

Le contenu des concessions de distribution d'eau, de gaz et d'électricité peut s'analyser, avant tout, comme un résumé des droits et des obligations

---

[274] Art. 39 V b ONA.

[275] Art. 39 V d ONA.

[276] Art. 39 V a ONA.

[277] Art. 39 V f ONA.

[278] Par exemple les vols de planeurs, d'hélicoptères et d'aéronefs plus légers que l'air, les vols d'école, de démonstration, de plaisance et d'essai, à moins qu'ils n'aient été ordonnés par l'Office fédéral de l'air.

[279] Autre rédaction : « il a été convenu ce qui suit ».

[280] Cf. ch. 212.23.

réciproques de chacune des parties à l'acte. Pour la commodité de notre exposé, nous procéderons par catégories.

245.1. *Objet et étendue de la concession*

Le concédant accorde au concessionnaire le droit de gérer le service public et d'utiliser son domaine public et privé pour l'installation du réseau nécessaire à la distribution de l'eau, du gaz et de l'électricité sur son territoire. En général, le genre d'installations autorisé est précisé [281] ; sont naturellement toujours réservées les normes techniques fédérales et cantonales en la matière.

245.2. *Les obligations du concessionnaire*

Les obligations essentielles imposées au concessionnaire sont celles qui font de son entreprise un service public. Il en est ainsi de l'obligation de fournir régulièrement ses prestations à toute personne résidant dans le périmètre concédé aux conditions et au tarif prévus, de l'obligation de développer et d'entretenir ses installations conformément aux progrès de la technique, d'étendre et de renforcer son réseau de distribution. Certaines charges sont imposées au concessionnaire en relation avec l'usage qu'il fait du domaine public de la concédante : nous avons relevé notamment la remise en l'état des lieux après l'exécution de certains travaux et l'obligation de soumettre un plan des installations projetées à l'autorité concédante. Les communes ne concèdent généralement pas gratuitement le droit d'exploiter le service public sur leur territoire. Les prestations exigées du concessionnaire peuvent être perçues sous différentes formes : c'est ainsi que de nombreuses concessions de distribution d'électricité prévoient en faveur des communes concédantes une « ristourne » [282] annuelle calculée, en principe, d'après les recettes brutes de la vente du courant électrique aux abonnés et d'après la longueur des lignes à basse tension établies sur leur territoire ; l'entreprise peut être tenue également de fournir l'énergie destinée à l'éclairage public et aux besoins des bâtiments administratifs communaux à un prix plus avantageux que le tarif ordinaire. Le distributeur d'électricité peut devoir effectuer certaines prestations en faveur des transports en commun : ainsi, assurer et maintenir, à ses frais

[281] Par exemple, lignes électriques aériennes ou souterraines, à haute ou basse tension.

[282] Cf. également art. 72, 73 du règlement d'application du 17 juillet 1953 de la loi du 5 septembre 1944 sur l'utilisation des lacs et cours d'eau dépendant du domaine public et art. 1 du règlement du 9 décembre 1969 sur le versement des ristournes aux communes par les entreprises bénéficiant de concessions d'eau de l'Etat ; nous reviendrons sur la nature juridique de ces « ristournes » au ch. 553.1.

et risques, l'exploitation d'une entreprise de transports publics dont l'activité s'exerce sur le territoire des communes qui lui ont concédé la distribution de l'énergie électrique [283].

Parmi les contre-prestations généralement exigées du distributeur d'eau par les communes concédantes, nous avons relevé la fourniture gratuite de l'eau nécessaire à la lutte contre le feu et aux exercices de pompiers et la facturation à un prix de faveur de l'eau utilisée pour satisfaire les besoins des écoles, des bâtiments administratifs communaux et des services publics.

245.3. *Obligations de la commune concédante*

En principe, la commune concédante renonce, pendant la durée de la concession, à entreprendre elle-même l'activité de service public dont elle a concédé l'exercice à un tiers ; de même, elle s'engage généralement à ne pas accorder d'autres concessions [284]. L'entreprise concessionnaire est donc souvent au bénéfice d'un droit exclusif et dans la situation d'un monopoleur.

La commune concédante se réserve parfois la faculté d'exiger, lors de l'établissement de nouvelles lignes électriques, que ces dernières soient souterraines plutôt qu'aériennes ; dans ce cas, la répartition des frais d'établissement de ces installations est généralement prévue. Ainsi, la commune concédante supportera les frais du creusement des tranchées, du remblayage et de la remise en état des lieux, le concessionnaire fournissant à sa charge les câbles et les caniveaux de protection. Par ailleurs, si la commune concédante demande que les bâtiments existants, alimentés par ligne aérienne, soient raccordés désormais au réseau souterrain, les frais de modification des installations lui incombent généralement.

245.4. *Droit de rachat des communes concédantes*

Généralement, les concessions de distribution d'énergie électrique donnent la possibilité à la commune concédante de racheter toutes les installations de

---

[283] C'est notamment le cas de la Société électrique Vevey-Montreux S. A. qui s'est engagée, envers les communes de Corseaux, Corsier, Vevey, Montreux, La Tour-de-Peilz et de Veytaux, à :

— transformer, à ses frais, la ligne de tramways Vevey - Montreux - Chillon - Villeneuve en une ligne de trolleybus (concession du 14 juillet 1956 ; RT 1956, p. 1027) ;
— à exploiter, à ses risques, ladite ligne pendant toute la durée de la concession de distribution d'énergie électrique dont elle est titulaire et qui expire le 31 décembre 1991 ;
— à exploiter, à ses frais et risques, les lignes d'autobus de Montreux et Vevey.

[284] C'est le cas aussi bien pour les concessions de distribution d'eau, de gaz, que d'électricité.

distribution. Certaines concessions prévoient l'exercice du droit de rachat à l'expiration de la durée de la concession ; c'est le cas le plus fréquent. D'autres fixent une date ou parfois plusieurs dates à partir desquelles le droit de rachat pourra être exercé ; passé ces délais, la collectivité concédante devra attendre la prochaine échéance ou l'expiration de la concession. Si le droit de rachat n'est pas exercé et la concession non renouvelée, l'entreprise concessionnaire doit enlever du domaine public communal toutes les installations devenues ainsi superflues et remettre les lieux en l'état ; on voit mal une telle mesure s'appliquer, l'électricité étant devenue actuellement un bien de première nécessité.

La situation est un peu différente en ce qui concerne les concessions de distribution d'eau ; à l'échéance de la concession, et si elle n'est pas renouvelée, le concédant est purement et simplement obligé, la plupart du temps, de racheter le réseau de distribution ; cela s'explique par le fait que les lois cantonales font de cette activité une obligation à la charge des communes. Les concessions de distribution de gaz que nous avons consultées, à l'exception d'une seule [285], ne contiennent pas de clause sur le rachat du réseau de distribution : rien ne s'oppose naturellement à ce que les parties s'entendent sur une reprise des installations par la commune concédante à l'expiration de la durée de la concession.

Le droit de rachat ne s'exerce naturellement pas gratuitement ; la reprise des installations donne lieu à une indemnité calculée à l'amiable ou selon certaines normes fixées à l'avance dans le texte même de la concession ou encore à dire d'experts. Généralement, la commune qui désire exercer son droit de rachat doit l'annoncer au concessionnaire avant la survenance de la date prévue : le délai de préavis est, généralement, d'un à trois ans.

245.5. *Clause arbitrale*

Les concessions de distribution d'électricité comportent généralement une clause arbitrale désignant l'instance habilitée à trancher les litiges survenant entre le concédant et le concessionnaire [286]. Ces différends sont le plus sou-

---

[285] Convention du 29 juin 1965 entre les communes de Vevey, Chardonne, Jongny, Corseaux, Corsier, La Tour-de-Peilz, Montreux et Veytaux et la Compagnie Industrielle et Commerciale du Gaz S. A., art. 28.

[286] La concession type des Forces Motrices Bernoises S. A. ne comporte pas de clause arbitrale.

vent soumis à un tribunal arbitral [287] de trois membres [288]. La compétence de ce tribunal peut être générale ou spéciale, c'est-à-dire restreinte aux litiges survenant lors de l'application ou de l'interprétation de certaines dispositions du texte de la concession ; les litiges non expressément énumérés seront alors soumis à la juridiction ordinaire. Toutefois, les contestations entre concessionnaire et communes concernant la « ristourne » due à ces dernières par l'entreprise distributrice sont, dans le canton de Vaud, de la compétence du Conseil d'Etat [289] ; elles ne sauraient être tranchées, par conséquent, par une décision émanant d'un tribunal arbitral. La procédure applicable devant le tribunal arbitral est celle prévue par le Concordat intercantonal du 27 mars 1969 [290].

245.6. *Installations privées intérieures*

Dans bon nombre de concessions de distribution d'électricité, l'entreprise distributrice s'engage à délivrer à des installateurs « concessionnaires » des licences pour l'exécution des installations privées intérieures [291], cela conformément aux dispositions légales et réglementaires en la matière [292]. On retrouve de semblables dispositions dans les concessions de distribution d'eau, qui précisent que les installations intérieures sont exécutées par un appareilleur « concessionnaire » [293]. Du point de vue terminologique, il vaudrait mieux parler d'installateurs « autorisés » ; en effet, tout électricien a droit, dès qu'il satisfait aux conditions posées par la législation, à l'octroi d'une autorisation de police [294] lui permettant d'exécuter des installations

---

[287] La concession du 15 octobre 1954 de la SRE pour la distribution sur le territoire des communes de Corseaux, Corsier, La Tour-de-Peilz, Montreux, Vevey et Veytaux prévoit la possibilité de désigner un arbitre unique ; généralement, le président du tribunal arbitral est désigné par le président du Tribunal cantonal vaudois, chacune des parties nommant l'un des deux autres membres.

[288] La concession du 15 octobre 1954 de la SRE prévoit que les trois membres du tribunal arbitral sont désignés par les parties ; ce n'est qu'à défaut d'entente que le président du tribunal arbitral est désigné par le président du Tribunal cantonal.

[289] Art. 75 du règlement du 17 juillet 1953 sur l'utilisation des lacs et des cours d'eau.

[290] Le concordat a abrogé les articles 425 à 442 du Code de procédure civile vaudoise du 14 décembre 1966 ; il est entré en vigueur le 30 juin 1970.

[291] Cf. à ce sujet ch. 233.3.

[292] Il s'agit plus particulièrement de dispositions sur la formation professionnelle et la sécurité des installations.

[293] Dans le même sens, cf. art. 76 du règlement vaudois sur l'utilisation des lacs et cours d'eau.

[294] RO 93 I 410.

intérieures [295]. L'entreprise distributrice peut toutefois soumettre l'octroi d'une autorisation à la condition que les installateurs qui la requièrent aient un domicile ou un établissement, pourvu du matériel et du personnel nécessaire et situé dans un rayon donné autour du lieu de travail ; cette condition est posée afin d'assurer, en cas de besoin, un service rapide de réparations [296]. Reste naturellement à déterminer ce rayon d'action. Le Tribunal fédéral, dans un arrêt récent, a jugé qu'une distance de douze kilomètres entre le domicile professionnel et les installations ne suffisait pas à justifier le refus d'une autorisation [297] ; en revanche, notre Haute Cour a admis qu'une autorisation pouvait être refusée à un installateur dont le domicile professionnel était situé à vingt-six kilomètres du lieu où se trouvaient les installations [298]. Dans ce dernier arrêt, le Tribunal fédéral se réfère à un avis de la Commission suisse des cartels selon lequel un service de réparation peut encore remplir convenablement ses obligations lorsqu'il est situé à une distance comprise entre vingt et trente kilomètres de l'endroit où se trouvent les installations [299]. Cette distance doit encore être appréciée à la lumière des données du cas d'espèce. Vu ce qui précède, on peut admettre qu'il n'est pas arbitraire, pour une entreprise de distribution, de n'accorder une autorisation qu'aux installateurs domiciliés ou possédant un établissement stable dans un rayon compris entre vingt et trente kilomètres du lieu où se trouvent les installations à effectuer ou à entretenir.

Les autres dispositions des concessions de distribution d'eau, de gaz et d'électricité sont de moindre importance en ce qui concerne la définition, la conception et l'étendue du service public ; elles ont trait à des points particuliers et de détail. Ainsi, elles fixent, par exemple, la tension du courant électrique et le prix de l'énergie destinée à l'éclairage public, aux bâtiments administratifs de la commune concédante et déterminent à qui incombe certains frais d'entretien du réseau de distribution.

Ces dispositions particulières sont encore plus fréquentes dans les concessions de distribution d'eau ; en effet, outre les rapports entre le concédant et le concessionnaire, elles traitent également des relations entre le distributeur et le propriétaire [300] de l'immeuble approvisionné en eau potable. Il

---

[295] Cela ne vaut naturellement que si l'exécution des installations intérieures ne fait pas l'objet d'un monopole communal ; cf. ch. 233.3.

[296] RO 95 I 336 = JT 1971 I 14.

[297] RO 94 I 18 = JT 1969 I 498.

[298] RO 93 I 406.

[299] Cf. *Elektro-Revue,* 1967, p. 178 ss.

[300] En principe, l'abonnement de fourniture est accordé au propriétaire de l'immeuble et non au locataire.

s'ensuit, en conséquence, un grand nombre de dispositions sur les abonnements, les taxes de raccordement, la qualité de l'eau, les compteurs, les installations intérieures et extérieures, l'interruption de la fourniture de l'eau et les conflits pouvant éclater avec l'abonné. Nous aurons d'ailleurs l'occasion de reparler de certaines de ces clauses plus en détail.

DEUXIÈME PARTIE

Le régime juridique de la concession de service public

3. La nature juridique de la concession de service public

La nature des relations entre l'Etat et le concessionnaire est directement influencée par le classement de la concession dans l'une ou l'autre des catégories d'actes juridiques. En effet, la situation du concessionnaire par rapport à l'autorité concédante est foncièrement différente selon que l'on admet que la concession constitue un acte unilatéral, un contrat ou, enfin, un acte mixte. Si la concession est un acte unilatéral, elle pourra être modifiée en tout temps par l'autorité concédante, selon les règles applicables à la révocation des actes administratifs ; au contraire, si on admet qu'elle contient des dispositions bilatérales, il faut reconnaître au concessionnaire des droits acquis [1] auxquels le concédant ne peut porter atteinte, par une revision unilatérale de la concession, sans compensation.

31. **Généralités**

« La concession crée des rapports de droit public entre le concédant et le concessionnaire. » [2] En effet, lorsque l'Etat entreprend lui-même de satisfaire un besoin essentiel de ses administrés, « il se charge incontestablement envers eux d'une obligation générale de droit public, celle de les servir au mieux de leurs intérêts » [3]. Cela est vrai *a fortiori* lorsque l'Etat dispose, pour exercer une telle activité, d'un monopole de droit ou de fait. Le fait que l'exploitation d'un service public soit confiée à un particulier n'y change rien : cette activité doit être exercée dans l'intérêt général ; en conséquence,

[1] Cf. ch. 5.

[2] GRISEL, p. 146 ; RO 93 I 233 = JT 1969 I 117 (rés.).

[3] ZWAHLEN, *RDS* 1958, II, p. 568 a.

les normes qui la régissent sont de droit public [4]. Il est alors logique d'admettre que les relations entre autorité concédante et concessionnaire relèvent du droit public.

La doctrine admet aujourd'hui unanimement que la concession constitue un acte de droit administratif ; il a en effet pour objet un droit, un pouvoir ou une chose de nature publique ou permet d'associer un particulier à l'exécution d'une tâche d'administration publique [5]. Par ailleurs, la concession constitue un acte administratif constitutif de droit(s), c'est-à-dire qu'elle confère à son bénéficiaire des droits dont il n'était pas encore titulaire ; en ce sens, elle s'oppose à l'autorisation de police, qui n'élargit pas la sphère juridique de son titulaire, et constate simplement que toutes les conditions de police dont l'ordre juridique fait dépendre l'exercice d'une activité privée sont réalisées et qu'il n'existe, par conséquent, aucun empêchement à l'exercice de ladite activité [6]. Admettre que la concession est un acte de droit administratif ne résout cependant pas la question de savoir si elle est un acte émanant unilatéralement de l'organe étatique, si elle constitue un contrat de droit administratif ou si elle se présente sous la forme d'un acte mixte.

32. **La solution du droit français**

Jusqu'au début du XX[e] siècle, la concession de service public était considérée comme un véritable contrat, liant concédant et concessionnaire ; comme il organisait l'exercice d'une activité d'intérêt général, on admettait qu'il contenait une stipulation pour autrui de l'autorité concédante, en faveur des administrés. Aujourd'hui, la doctrine française et la jurisprudence considèrent unanimement la concession comme un acte mixte, mi-contractuel, mi-réglementaire [7], en ce sens que parmi les clauses qui la composent, certaines sont de nature réglementaire et les autres de nature contractuelle [8]. Les clauses réglementaires sont établies unilatéralement par l'administration ; les clauses contractuelles, quant à elles, sont établies d'un commun accord

---

[4] Voir également ch. 51.

[5] Zwahlen, *RDS* 1958, II, p. 577 a ; Grisel, p. 144 ; Ruck, I, p. 104 ; Mossu, p. 8 ; Korrodi, p. 92 ; Ruffy, p. 93.

[6] Grisel, p. 143, 195 ; Zwahlen, RDS 1958, II, p. 574 a ; Sillig, p. 8 ss. ; Mossu, p. 7, 11.

[7] Au sens du droit français : unilatéral.

[8] De Laubadère, p. 559 ss. ; Duez et Debeyre, p. 555 ss. ; Rivero, p. 402 ; Vedel, p. 623 ss. ; Zwahlen, *RDS* 1958, II, p. 578 a.

par les parties à l'acte et les lient à la manière d'un contrat de droit privé. Ces dernières confèrent donc un certain nombre de droits au concessionnaire et ne sauraient être modifiées sans son accord.

Reste naturellement à savoir quelles sont les dispositions de la concession qui entrent dans l'une ou l'autre des catégories. Les auteurs sont en général d'avis que sont réglementaires les clauses relatives à l'organisation et au fonctionnement du service public : par exemple, celles qui déterminent les conditions d'exploitation, les tarifs et les prestations à fournir aux usagers. Sont, en revanche, considérées comme contractuelles, les dispositions concernant la durée de la concession et les avantages financiers consentis au concessionnaire (subventions, garantie d'intérêt, etc.). Est également considéré comme contractuel le principe (expressément ou tacitement exprimé) de l'équilibre financier de la concession que l'autorité doit respecter.

En droit français, les litiges intervenant entre le concessionnaire et l'autorité concédante relèvent de la juridiction administrative [9].

33. **Le droit suisse**

331. *Les anciennes théories*

331.1. *Théories du contrat de droit privé*

Selon cette conception, l'Etat et le concessionnaire concluent un contrat dont les clauses et les effets sont de droit privé [10]. Cette théorie, très ancienne, était trop absolue et peu adaptée à la réalité ; on s'est aperçu en effet qu'un certain rapport de subordination, peu compatible avec le concept de contrat de droit privé, subsistait malgré tout entre les parties à l'acte : l'autorité concédante possède en effet un droit de surveillance et de contrôle sur le concessionnaire. Par ailleurs, on ne pouvait expliquer de manière satisfaisante pourquoi un contrat ayant pour objet une activité d'intérêt public monopolisée en faveur de l'Etat relevait du droit privé. A notre connaissance, le Tribunal fédéral n'a jamais fait sienne cette théorie.

331.2. *La théorie de l'acte d'autorité*

Cette théorie est diamétralement opposée à la précédente ; elle considère la concession comme un acte de droit public, en tout temps révocable par

---

[9] Vedel, p. 628 ; de Laubadère, I, p. 567 ; Waline, p. 744 ; Duez et Debeyre, p. 564.

[10] Ruffy, p. 87, 88 ; Haenni, p. 26 ss. ; Staeblin, p. 60 ss. ; Koller, p. 30.

l'autorité concédante [11], qui peut la modifier et même y mettre fin unilatéralement selon son bon vouloir. Cette solution n'est pas soutenable ; elle crée, en ce qui concerne le concessionnaire plus particulièrement, une insécurité juridique inadmissible. En effet, exercer une activité concédée nécessite, la plupart du temps, des investissements considérables qu'un particulier ne consent qu'avec la certitude d'être en mesure de les rentabiliser et de les amortir ; il est naturellement impossible d'y parvenir si l'Etat peut ajouter sans cesse et selon son bon vouloir des nouvelles obligations à celles que le concessionnaire doit déjà assumer. Cette théorie fait la part trop belle à l'autorité concédante et n'a eu que peu de partisans ; elle n'a jamais été retenue par le Tribunal fédéral.

331.3. *La théorie de l'acte de droit public, créateur de droits privés*

Selon cette théorie, l'acte de concession est un acte unilatéral de droit public ; toutefois, il crée en faveur du concessionnaire un certain nombre de droits acquis auxquels l'Etat ne peut porter atteinte.

Un des mérites de cette théorie est d'avoir tenté de concilier d'une part les intérêts de l'autorité concédante et, d'autre part, ceux du concessionnaire, en reconnaissant dans la concession un acte de droit public octroyé souverainement par l'Etat, mais créant toutefois en faveur de son titulaire des droits acquis. Sa plus grande faiblesse est d'avoir considéré comme *privés* des droits acquis découlant d'un acte unilatéral de droit public [12].

332. *La théorie de l'acte unilatéral de droit public, soumis à l'accord de l'administré*

Sous l'influence de la doctrine allemande classique, la majorité des auteurs suisses considèrent la concession comme un acte unilatéral de puissance publique, soumis toutefois à l'accord de l'administré [13]. Selon cette théorie, la concession émane d'une manifestation unilatérale de volonté de l'autorité concédante ; toutefois, l'adhésion du concessionnaire est une véritable condition de validité de la concession ; à son défaut, l'acte ne saurait déployer d'effets [14]. L'accord de l'administré se manifeste notamment lors-

---

[11] Ruffy, p. 89 ; Haenni, p. 32 ss. ; Staeblin, p. 60 ss. ; Koller, p. 30.

[12] Haenni, p. 35 ss. ; Ruffy, p. 89 ss. ; Staeblin, p. 67 ss. ; Koller, p. 31 ; RO 27 II 687 ; RO 41 II 161.

[13] Grisel, p. 144 ; Ruck, I, p. 95, 104 ; Zwahlen, *RDS* 1958, II, p. 579 a ; Korrodi, p. 92 ss. ; Staeblin, p. 82 ss.

[14] Mossu, p. 9 ; Korrodi, p. 105 ; RO 65 I 305 = JT 1940 I 116.

qu'il dépose auprès de l'autorité compétente une demande de concession, introduisant ainsi la procédure d'octroi.

A la différence de la théorie précédente, il est admis que la concession crée, entre les parties, des droits et des obligations de droit public [15]. Le Tribunal fédéral a fait sienne cette théorie ; cependant, après avoir reconnu que la concession est un acte unilatéral de droit public auquel se soumet volontairement un particulier, notre Haute Cour a admis qu'elle est analogue à un contrat et déclaré « qu'en raison de cette analogie, l'acte souverain peut faire naître en faveur du citoyen certains droits privés » [16]. « La jurisprudence range ici [17] notamment la concession, c'est-à-dire l'octroi, en vue de son exercice, d'une faculté réservée à l'Etat, lorsque, d'une part, comme dans le cas particulier, cette concession confère, bien que limité dans le temps, un véritable droit et non pas seulement une permission révocable et, lorsque, d'autre part, l'action tend à des dommages-intérêts pour atteinte aux droits pécuniaires appartenant au concessionnaire contre l'Etat. » [18] Il ne faut toutefois pas voir dans cette jurisprudence même un début d'abandon de la théorie qui voit dans la concession un acte unilatéral de puissance publique ; en effet, le Tribunal n'admettait pas que les obligations réciproques des parties à la concession puissent avoir leur source dans un accord conclu entre des sujets de droit placés sur pied d'égalité. En fait, notre Haute Cour reconnaissait certains droits privés au concessionnaire pour être en mesure de connaître directement, en instance unique, de certaines contestations entre l'Etat et le titulaire de la concession ; elle y est parvenue par une interprétation historique de l'article 48 de la loi fédérale d'organisation judiciaire de 1893 [19], d'après laquelle est une contestation de droit civil, « la demande qui se fonde sur un rapport juridique de nature particulière, créé par un acte souverain et unilatéral, mais dans lequel le citoyen entre librement et qui, à cet égard, est analogue à un contrat » [20].

333. *La théorie de l'acte mixte*

333.1. *La théorie*

Enfin, dans un arrêt plus récent, le Tribunal fédéral a reconnu que la concession pouvait contenir des clauses bilatérales.

---

[15] RO 53 I 83 = JT 1927 I 285 ; RO 75 II 213.

[16] RO 63 II 50.

[17] C'est-à-dire, dans la catégorie des actes souverains analogues à un contrat.

[18] RO 63 II 50 ; RO 80 I 246.

[19] Aujourd'hui, art. 42 OJF.

[20] RO 63 II 50.

Le passage topique de cette décision nous paraît important ; aussi le reproduisons-nous ici :

« . . . En effet, les règles régissant les rapports entre l'Etat, autorité concédante, et le concessionnaire sont ordinairement de deux natures. Les unes sont fixées unilatéralement par le pouvoir public, notamment par la loi. Ainsi, l'octroi de la concession lui-même se présente généralement comme un acte unilatéral, soumis exclusivement aux dispositions de la loi, notamment à celles qui prévoient la caducité ou la révocation de la concession. D'autres règles aussi sont parfois fixées de façon unilatérale par la puissance publique, ainsi celles qui concernent les émoluments et les taxes. Mais, à côté de ces dispositions impératives réglant la concession, il existe des clauses fixées par l'acte de concession lui-même et fondées sur un accord passé entre l'autorité concédante et le concessionnaire, le cas échéant après des pourparlers entre eux. » [21]

Certains auteurs [22] ont vu dans cette jurisprudence l'adoption par notre Haute Cour de la théorie mixte, développée en droit administratif français. Tel n'est pas entièrement notre avis ; preuve en soit un arrêt récent du Tribunal fédéral qui déclare notamment : « Bien que, d'après la jurisprudence actuelle, le Tribunal fédéral considère la concession comme un acte unilatéral de l'Etat agissant en sa qualité de détenteur de la puissance publique, cela n'empêche pas que le texte de celle-ci, dans la mesure où il n'est pas déterminé par des règles impératives du droit public, soit établi d'un commun accord entre le concédant et le concessionnaire. Dans ce sens, la concession « est comparable à un rapport juridique fondé sur un contrat » [23]. Notre Haute Cour n'a donc pas expressément abandonné la théorie de l'acte unilatéral de puissance publique ; tout au plus peut-on dire qu'elle l'a édulcorée, en admettant que le contenu de certaines clauses du texte de concession pouvait être établi d'un commun accord entre les parties et les lier à la manière d'un contrat. Il n'en demeure pas moins qu'à notre avis, la théorie de l'acte mixte, selon laquelle la concession contient à la fois des clauses établies et imposées unilatéralement par l'autorité concédante et des dispositions contractuelles dont le contenu est déterminé par un accord de volonté des parties à l'acte, nous paraît devoir être adoptée. Elle permet en effet de concilier les intérêts de l'Etat et ceux du concessionnaire ; l'intérêt public exige que certaines dispositions et les obligations qui en découlent

---

[21] RO 80 I 245.

[22] Grisel, p. 144 ; Zwahlen, *RDS* 1958, II, p. 580 a ; Imboden, *RDS* 1958, II, p. 169 a.

[23] RO 96 I 288 = JT 1971 I 474 ; dans cet arrêt, le Tribunal fédéral reprend une formule datant de plus de quarante ans (RO 57 I 344/35) en l'entourant de guillemets ; il ne tranche donc pas la question.

soient imposées unilatéralement par le détenteur de la puissance publique ; il en est ainsi, par exemple, de l'obligation d'exploiter, de contracter ; quant au concessionnaire, il doit pouvoir être sûr de bénéficier d'un certain nombre de droits acquis, lesquels lui sont accordés par les clauses contractuelles de la concession, et que l'autorité concédante doit respecter. Reste naturellement à déterminer, en présence d'une concession, quelles dispositions doivent être rangées dans la catégorie des clauses contractuelles ; cela revient également à distinguer les clauses imposées unilatéralement par l'autorité concédante. Etre en mesure de ranger une disposition de la concession parmi les clauses contractuelles (bilatérales) ou parmi les clauses unilatérales (déterminées et imposées unilatéralement par l'administration) suppose l'existence de critères de classification.

333.2. *Les critères de classification proposés par le Tribunal fédéral et les auteurs*

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral [24], le concessionnaire se trouverait dans une situation contractuelle sur les points qui font l'objet de clauses adoptées en toute liberté par l'une et l'autre partie, après accord entre elles. En d'autres termes, sont de nature contractuelle les dispositions déterminées spécialement par l'acte de concession lui-même et qui ont fait l'objet de pourparlers, puis d'un accord de volonté ; il s'agit donc d'une réglementation intervenant entre les parties en marge de la loi, soit parce que cette dernière est muette sur le point faisant l'objet de la convention particulière, soit parce qu'elle laisse aux intéressés la faculté de régler comme ils l'entendent certains de leurs rapports réciproques. Selon ce critère, il convient donc d'examiner notamment le texte légal et de déterminer si les dispositions qui le composent sont impératives (par conséquent les parties ne sauraient s'en écarter et le concessionnaire ne pourrait être sur ce point dans une situation contractuelle) ou dispositives (permettant ainsi aux parties de s'en écarter pour convenir ce que bon leur semble). Si la loi est muette sur l'objet spécialement réglé dans l'une des clauses de la concession, on présumera alors que, sur ce point précis, concédant et concessionnaire sont dans une situation contractuelle, l'un par rapport à l'autre.

Ce critère de distinction est, sans aucun doute, admissible ; il n'est cependant pas exhaustif ni toujours déterminant. Il ne faut en effet pas oublier que le texte de nombreuses clauses de l'acte de concession est établi unilatéralement par l'administration, sans véritables pourparlers entre les parties ; il suffit pour s'en convaincre de consulter un certain nombre de concessions

[24] RO 80 I 246.

qui font l'objet parfois, pour l'essentiel de leurs dispositions, d'un texte type. « Bien souvent, la concession s'établit comme se formerait un contrat d'adhésion » [25] ; cela n'exclut toutefois pas que certaines de ces dispositions soient bilatérales. Par ailleurs, il est tout à fait concevable qu'une disposition préparée unilatéralement par l'autorité concédante lie contractuellement cette dernière au concessionnaire, même s'il n'a fait qu'y adhérer [26] ; le critère de l'existence de pourparlers doit donc être utilisé avec prudence.

Le critère adopté par le Tribunal fédéral est d'application extrêmement difficile, en l'absence de texte légal régissant le domaine concédé [27] ; il est alors impossible de se référer à la loi pour déterminer sur quels points les parties doivent se soumettre à des dispositions impératives excluant tout arrangement contractuel. On ne saurait toutefois déduire de l'absence de texte légal spécifique que toutes les clauses de la concession lient contractuellement le concédant et le concessionnaire. On constate également, à la lecture de certaines concessions, que certains articles du texte légal y sont reproduits ; selon le critère choisi par le Tribunal fédéral, de telles dispositions sont unilatérales, puisqu'elles n'ont pas fait l'objet de pourparlers. Il se peut toutefois que, dans l'esprit des parties, de telles clauses soient destinées à les lier pour toute la durée de la concession ; à notre avis, ce problème doit être résolu de cas en cas, en tenant compte de l'ensemble des circonstances.

Zwahlen a également critiqué le critère choisi par notre Haute Cour ; il lui reproche essentiellement de donner un caractère exceptionnel à l'élément contractuel de la concession, « alors que l'idée évidente des parties est le plus souvent d'en faire un élément prédominant » [28]. Selon cet auteur, il conviendrait de poser le principe selon lequel tout ce qui est réglé spécialement dans la concession lie contractuellement les parties, sauf stipulations contraires ; en revanche, toutes les règles découlant de la loi [29] placeraient le concessionnaire dans une situation statutaire pouvant être modifiée unilatéralement par l'administration. En appliquant strictement ce principe, la concession octroyée dans un domaine non régi par une loi spécifique [30] doit être qualifiée d'entièrement contractuelle, puisque toutes les règles qu'elle contient sont fixées spécialement par elle, la plupart du temps après des discussions

---

[25] ZWAHLEN, *RDS* 1958, II, p. 583 a.

[26] C'est notamment ce qui se passe lors de la conclusion de certains contrats de droit privé.

[27] C'est le cas, dans le canton de Vaud, de la distribution de l'électricité et du gaz ; il en est de même dans les cantons du Valais, de Berne et de Neuchâtel.

[28] *RDS* 1958, II, p. 583 a.

[29] Le terme « loi » est pris ici au sens large.

[30] Il s'agit, par exemple, dans le canton de Vaud, de la distribution du gaz et de l'électricité.

et des pourparlers entre les parties. Cette façon de voir est, selon nous, excessive ; il existe en effet incontestablement, même dans les concessions de distribution de gaz et d'électricité, des dispositions imposées unilatéralement par l'autorité concédante ; il s'agit notamment de celles qui font de l'activité exercée un service public.

La solution préconisée par Zwahlen ne permet pas non plus de résoudre à satisfaction le problème posé par les dispositions légales intégrées dans le texte de la concession. Sont-elles contractuelles, parce que les parties ont manifesté l'intention, en reprenant à leur compte une disposition légale, de se lier sur ce point durant toute la durée de la concession ? Au contraire, doivent-elles être considérées comme émanant directement de la puissance publique, puisque tirées directement d'un texte légal, le fait de leur intégration dans l'acte de concession devant être interprété comme un simple rappel ? Ces questions ne peuvent, selon nous, être résolues globalement, mais il convient de les résoudre dans chaque cas d'espèce, en examinant le texte de la concession et l'ensemble des circonstances.

Toutefois, le mérite de la solution proposée par Zwahlen est d'attirer l'attention sur l'importance de la volonté des parties [31] ; il peut en effet être essentiel de savoir, avant de ranger l'une ou l'autre disposition de l'acte de concession dans la catégorie des clauses unilatérales ou dans celle des clauses contractuelles, si les parties ont entendu se lier, sur certains points, contractuellement et durablement ou non. Ce critère peut être déterminant, notamment dans les domaines qui ne sont régis par aucune loi, comme c'est le cas, dans le canton de Vaud, pour la distribution de l'électricité et du gaz, ou lorsqu'une disposition légale ou réglementaire est reprise intégralement ou partiellement par les parties pour être intégrée dans le texte de la concession.

333.3. *Recherche d'une solution*

A notre avis, le critère essentiel permettant de déterminer parmi les clauses d'une concession lesquelles sont unilatérales et lesquelles sont bilatérales doit être recherché dans la nécessité de la sauvegarde de l'intérêt public. En effet, les services publics doivent être exploités dans l'intérêt général ; peu importe leur mode de gestion. Lorsqu'un service public est concédé, il faut alors imposer au concessionnaire un certain nombre d'obligations destinées à assurer une exploitation conforme aux exigences de l'intérêt public ; ce sont, par exemple, les obligations d'exploiter, de contracter et d'adapter. Dès lors, on ne peut concevoir que l'autorité concédante et le concessionnaire discutent de l'opportunité et aménagent à leur goût de telles obligations. De

[31] *RDS* 1958, II, p. 583 a.

plus, l'administration ne peut se lier et compromettre ainsi l'avenir des exigences de service public ; les clauses de la concession qui les prévoient ne sauraient donc être bilatérales. En conséquence, nous pensons pouvoir affirmer que les clauses mettant en cause directement l'intérêt public, c'est-à-dire celles qui ont pour objet les obligations de service public du concessionnaire, sont unilatérales ; ces dispositions pourront être revisées par l'autorité concédante, selon les règles applicables à la révocation des actes administratifs [32]. En revanche, les dispositions de la concession réglant spécialement certaines modalités d'exploitation du service public ou d'exercice du droit concédé lient contractuellement les parties : elles créent en faveur du concessionnaire des droits acquis qui font l'objet de la garantie de la propriété [33].

Nous examinerons en détail dans la suite de notre travail les principaux droits du concessionnaire [34].

34. **Les dispositions contractuelles de la concession**

Nous n'avons pas la prétention de citer et d'analyser toutes les dispositions contractuelles des textes de concessions que nous avons eu l'occasion de consulter ; dans notre idée, celles que nous examinerons doivent servir d'illustration à la théorie mixte de la concession, à laquelle nous nous sommes ralliés.

Nous retiendrons deux critères pour distinguer les dispositions contractuelles de la concession : premièrement celui de la nécessité de la sauvegarde de l'intérêt public [35] et, deuxièmement, celui de la liberté laissée par la loi — ou l'absence de loi — aux parties pour régler sur certains points le contenu de leurs relations juridiques [36].

341. *Les clauses définissant l'objet et l'étendue de la concession*

Ces clauses sont parmi les plus importantes de l'acte de concession ; elles légitiment en effet le concessionnaire à exploiter le service public.

---

[32] Cf. GRISEL, p. 208 ss. ; IMBODEN, *Verwaltungsrechtsprechung*, I, Nos 332 ss. et II, No 521.

[33] RO 96 I 282 = JT 1971 I 468 ; FJS No 1099.

[34] Cf. ch. 5.

[35] Cf. ch. 433.3.

[36] Cf. ch. 433.2.

Dans le cas des concessions de transport, elles désignent la ou les lignes concédées et le moyen de transport autorisé (chemin de fer, bateau, tramway, automobile, trolleybus, aéronef). En ce qui concerne les services industriels, elle autorise l'entreprise concessionnaire à utiliser le domaine public, parfois même privé, d'une commune pour y établir un réseau en vue de la distribution de l'eau, du gaz ou de l'électricité sur un certain territoire (généralement tout le territoire communal).

La désignation des lignes concédées, des moyens de transport utilisés et du territoire approvisionné intervient en marge des dispositions légales, sur la base d'un accord entre les parties, le cas échéant, après des pourparlers entre eux. L'autorité concédante ne saurait, par la suite, interdire unilatéralement à l'entreprise de transport concessionnaire d'exploiter les lignes concédées, ni restreindre ou supprimer le droit de distribuer et d'approvisionner les consommateurs domiciliés sur le territoire concédé. Cette disposition de l'acte de concession doit être qualifiée de contractuelle, en ce sens qu'elle crée, en faveur du concessionnaire, un droit acquis d'exploiter le service public, dans les limites qu'elle définit.

La plupart du temps, le droit d'exploiter le service public est un droit exclusif [37] ; dans un tel cas, l'autorité concédante ne saurait concurrencer directement le concessionnaire en exploitant une entreprise identique, ni accorder d'autres concessions ayant le même objet à des tiers. Les dispositions stipulant un tel droit exclusif doivent également être qualifiées de bilatérales ; en effet, ni les textes légaux, lorsqu'ils existent, ni un principe juridique supérieur n'exigent que le droit d'exploiter le service public soit concédé à titre exclusif ; on doit donc admettre que les parties à l'acte de concession ont la faculté de régler librement leurs rapports juridiques sur ce point et, par conséquent, que la clause disposant une exclusivité d'exploitation du service public lie contractuellement le concédant et le concessionnaire.

342. *La disposition réglant la durée de la concession*

Dans le domaine des transports, certains textes légaux prévoient la durée maximale pour laquelle les concessions peuvent être accordées [38]. Ainsi, l'ordonnance sur les concessions de transport par automobiles prévoit une

---

[37] Le droit d'exclusivité est généralement expressément prévu dans les concessions de distribution d'eau, de gaz et d'électricité.

[38] Cela ne veut naturellement pas dire qu'à l'expiration de la durée de validité de la concession, celle-ci ne sera pas renouvelée pour une même ou une autre période ; cette dernière ne pourra toutefois pas dépasser le maximum fixé dans la loi.

durée de dix ans au plus [39], tandis que l'ordonnance concernant la navigation soumise à concession ou à autorisation fixe la durée maximale d'octroi à vingt ans [40]. Au contraire, d'autres lois ne prévoient aucune durée maximale d'octroi de la concession, se contentant de disposer qu'elle doit être accordée pour un laps de temps déterminé [41] ou que la concession doit contenir une clause sur sa durée [42]. La loi fédérale sur les chemins de fer ne parle qu'incidemment de la durée des concessions en parlant de leur extinction, sans toutefois fixer de maximum [43]. Dans le domaine de la distribution de l'eau, du gaz et de l'électricité, aucune durée maximale d'octroi n'est déterminée par les textes légaux, lorsque ces derniers existent. Pour le surplus, les parties à l'acte de concession sont libres de fixer, comme bon leur semble, la durée de validité de la concession ; elles devront toutefois prendre garde, le cas échéant, de respecter les limites prévues par la loi.

Dans la pratique, les concessions de service public sont accordées pour des laps de temps de durée diverse. Ainsi, les concessions de chemin de fer sont souvent octroyées pour cinquante ans [44] ; il en existe cependant qui le sont pour des durées plus courtes [45] ou plus longues [46].

---

[39] Cf. art. 22.

[40] Cf. art. 9.

[41] Art. 4 de la loi fédérale sur les entreprises de trolleybus.

[42] Art. 29 LNA et 106 ONA.

[43] Cf. art. 6.

[44] Par exemple :
— concession pour l'exploitation du chemin de fer Oensingen-Balsthal octroyée en 1973 et échéant le 27 juin 2023, RT 1973, p. 280 ;
— concession pour l'exploitation du chemin de fer Aigle-Leysin accordée en 1973 et échéant le 31 décembre 2022, RT 1973, p. 397 ;
— concession pour l'exploitation du chemin de fer Bière-Apples-Morges octroyée en 1966 et échéant le 31 décembre 2016, RT 1966, p. 376 ;
— concession pour l'exploitation des chemins de fer du Jura accordée en 1970 et échéant le 30 juin 2020, RT 1970, p. 206.

[45] Par exemple :
— concession pour l'exploitation du chemin de fer Berne-Neuchâtel, accordée en 1970 et échéant le 17 décembre 1978, RT 1970, p. 254 ;
— concession pour l'exploitation du chemin de fer Berne-Lötschberg-Simplon, octroyée en 1970 et échéant le 17 décembre 1978, RT 1970, p. 237.

[46] Par exemple :
— concession pour l'exploitation du chemin de fer Blonay-Les Pléiades accordée en 1904 et échéant le 13 avril 1984, aRT, vol. 20 (1904), p. 88 ;
— concession pour l'exploitation du chemin de fer Vevey-Chexbres accordée en 1898 et échéant le 30 juin 1978, aRT, vol. 15 (1898), p. 170 ;
— concession pour l'exploitation du chemin de fer Martigny-Châtelard accordée en 1901 et échéant le 20 décembre 1981, aRT, vol. 17 (1901), p. 262.

De nombreuses concessions de transport par trolleybus ont été accordées pour une durée de vingt-cinq ans [47] ; certaines l'ont été cependant pour des laps de temps plus courts [48]. Les concessions de navigation sont d'une grande variété quant à leur durée de validité, qui s'échelonne entre cinq et vingt ans [49].

La concession du droit général d'exploiter a été octroyée à la Swissair pour une durée de vingt ans et vient à échéance le 31 décembre 1987 ; l'ALAG est actuellement au bénéfice d'une concession qui lui a été accordée la première fois pour la période du 18 décembre 1964 au 28 mars 1965 et qui a été ensuite régulièrement renouvelée pour des durées semblables, d'année en année [50].

Les concessions de distribution d'eau et d'électricité sont accordées généralement pour des périodes d'assez longue durée, généralement pour plus de quinze ans ; quant aux concessions pour la distribution du gaz, il en existe

---

[47] Par exemple :
— concession accordée aux Transports municipaux de la Ville de Bienne en 1955 et échéant en 1980, RT 1955, p. 332 ;
— concession octroyée aux Transports en commun de la Ville de Lucerne en 1961 et échéant le 31 décembre 1986, RT 1961, p. 302 ;
— concession accordée aux Transports en commun de la Ville de Fribourg en 1968 et échéant le 31 décembre 1993, RT 1968, p. 411.

[48] Par exemple :
— concession accordée en 1971 aux Transports municipaux de la Ville de Berne et échéant le 31 décembre 1981, RT 1971, p. 480.

A notre connaissance, il existe trois concessions accordées pour plus de vingt-cinq ans ; la première l'a été au Vevey-Montreux-Chillon-Villeneuve pour trente-cinq ans (RT 1956, p. 1027), la deuxième à la Ville de Lugano, pour une durée de trente ans (RT 1972, p. 328), la troisième à la Ville de Zurich pour une période de trente ans (non encore publiée).

[49] Par exemple, *pour vingt ans :*
— concession pour la navigation sur le lac Majeur accordée en 1956 et échéant le 31 décembre 1976, RT 1956, p. 1093 ;
— concession pour la navigation sur le lac des Quatre-Cantons, accordée en 1959 et échéant le 31 décembre 1979, RT 1959, p. 810 ;

pour dix ans :
— concession pour la navigation sur l'Aegerisee, accordée en 1971 et échéant le 31 décembre 1981, RT 1971, p. 384 ;

pour cinq ans :
— concession pour la navigation sur le lac de Silvaplana accordée en 1971 et échéant le 31 décembre 1976, RT 1971, p. 312 ;

pour trois ans :
— concession pour la navigation sur le lac de Lugano accordée en 1973 et échéant le 31 décembre 1976, RT 1972, p. 402.

[50] La concession de l'ALAG n'est en vigueur que durant les mois d'hiver.

dont la durée de validité est limitée à quatre ans. Ces exemples suffisent à démontrer la grande variété existant relativement à la durée des concessions ; il s'agit là incontestablement d'une question relevant de l'autonomie de la volonté des parties et qu'elles peuvent régler comme bon leur semble, dans la mesure où les lois applicables ne sont pas impératives sur ce point. En conséquence, les clauses des concessions fixant la durée de leur validité doivent être considérées comme contractuelles ; peu importe le fait que, souvent, un certain type de concession soit accordé pour une durée identique. Le fait de retrouver, à plusieurs reprises, la même disposition ne va pas lui faire perdre son caractère contractuel ; on retrouve d'ailleurs le même phénomène dans certaines catégories de contrats de droit privé [51], sans pour autant que l'on considère que leurs clauses cessent d'être contractuelles.

Qu'en est-il de la qualification juridique d'une disposition de la concession qui reprend à son compte le maximum de durée prévu dans le texte légal applicable au domaine concédé ? Selon nous, une telle clause doit être considérée comme contractuelle ; la loi laisse en effet aux parties la faculté de déterminer librement la durée de validité de l'acte de concession, se contentant de définir une limite à l'autonomie de la volonté de l'autorité concédante et du concessionnaire en fixant un maximum qu'ils ne sauraient dépasser. Cela ne signifie pas non plus que les parties à la concession ne puissent se lier contractuellement pour la durée maximale prévue dans la loi ; il s'agira par conséquent d'interpréter leur volonté.

343. *Les clauses arbitrales*

De nombreuses concessions de distribution d'électricité et de gaz contiennent une clause compromissoire [52] qui détermine la composition du tribunal arbitral [53], le mode de désignation des arbitres et, parfois, la procédure applicable devant cette instance [54]. La compétence du tribunal arbitral peut être générale, c'est-à-dire qu'elle s'étend à tous les litiges surgissant entre la commune concédante et le concessionnaire relatifs à la concession, ou spé-

---

[51] Nous pensons aux contrats « d'adhésion ».

[52] C'est le cas notamment des concessions accordées à la CVE, à la SRE et aux Services industriels lausannois, dans le domaine de la distribution de l'électricité. Pour la distribution du gaz, voir la convention du 29 juin 1963 entre les communes de Vevey, Chardonne, Jongny, Corseaux, Corsier, La Tour-de-Peilz, Montreux, Veytaux et la Compagnie Industrielle et Commerciale du Gaz S. A.

[53] Le tribunal arbitral se compose généralement de trois membres.

[54] Cf. concordat intercantonal sur l'arbitrage du 27 mars 1967, dans le Recueil des lois vaudoises 1970, p. 239 ss.

ciale, c'est-à-dire limitée aux conflits survenant à propos de l'application ou de l'interprétation de certaines de ses dispositions [55].

Nous avons déjà eu l'occasion de dire qu'il n'existait, dans le canton de Vaud, aucun texte légal spécifique réglementant la distribution du gaz et de l'électricité ; partant, aucune mention n'est faite de la création d'un tribunal arbitral. Il appartient donc, en principe, aux parties contractantes de décider si elles entendent ou non prévoir, dans l'acte de concession, une clause compromissoire et de déterminer la composition et la compétence qu'elles attribuent au tribunal arbitral. Toutefois, à notre avis, l'autonomie des parties n'est pas illimitée sur ce point. En effet, en droit public, les règles qui fixent les compétences sont impératives ; en conséquence, il faut admettre que la concession ne peut prévoir une procédure arbitrale que pour les litiges de nature patrimoniale qui, en application de la théorie du fisc [56], relèveraient de la compétence des tribunaux civils ordinaires. Pour ces litiges, le concessionnaire possède un droit acquis à ce que l'autorité concédante ou de surveillance saisisse le tribunal arbitral, lorsque survient un litige qui relève de sa compétence.

344. *Les clauses prévoyant la répartition des frais d'établissement des lignes de distribution*

Généralement, les frais d'établissement des lignes de distribution d'énergie électrique sur le territoire communal sont exclusivement à la charge de l'entreprise concessionnaire, qui peut choisir entre des installations aériennes ou souterraines. Toutefois, certaines concessions prévoient un droit d'option de la commune concédante, laquelle peut exiger, pour des motifs de protection de l'environnement et du paysage, que les nouvelles lignes soient établies dans le sous-sol. Lorsque la commune fait usage de ce droit d'option, elle doit alors prendre à sa charge les frais supplémentaires qui en résultent pour le concessionnaire ; il s'agit essentiellement des frais de creusement et de remblayage des tranchées et des dépenses consacrées à la remise en état des lieux. La fourniture des câbles et des caniveaux de protection est généralement à la charge de l'entreprise concessionnaire. Cette disposition prévoyant une répar-

---

[55] Ainsi, par exemple, la convention du 29 juin 1963, qui sert de base juridique à la distribution du gaz par la Compagnie Industrielle et Commerciale du Gaz S. A. dans les communes de l'Est vaudois, prévoit la création d'un tribunal arbitral spécial dont la tâche est de se prononcer sur les prix, les modalités et les conditions de rachat par les communes concédantes du réseau de distribution de la société, si elles entendent reprendre son exploitation à leur compte.

[56] Cf. GRISEL, p. 45 et 49.

tition des coûts doit être considérée comme contractuelle ; l'autorité concédante est tenue de la respecter pendant toute la durée de la concession et ne saurait se soustraire à ses engagements. La prise en charge par la corporation publique est en fait une compensation normale pour les frais directement causés par l'exigence de l'établissement d'installations plus coûteuses pour le concessionnaire ; on tend de cette manière à replacer l'entreprise concessionnaire dans la situation où elle se trouverait si elle pouvait choisir la solution la plus avantageuse pour elle lors de la construction des lignes nécessaires à la distribution ; c'est également reconnaître au concessionnaire un droit à l'équilibre financier.

345. *Les clauses prévoyant les modalités de calcul de la ristourne*

Les entreprises bénéficiant de concessions de forces hydrauliques accordées par l'Etat de Vaud sont tenues de verser une ristourne aux communes qui leur ont accordé le droit de distribuer l'énergie électrique sur leur territoire [57] ; les concessions de distribution doivent contenir des dispositions y relatives [58].

Il appartient au Conseil d'Etat de fixer un barème déterminant le montant minimum de la ristourne due aux communes concédant la distribution sur leur territoire [59]. La ristourne annuelle est notamment calculée proportionnellement aux recettes brutes de la vente du courant électrique distribué directement jusqu'à l'abonné sur le territoire des communes concédantes [60]. Certaines concessions de distribution fixent elles-mêmes le taux de calcul du montant de la redevance. A vrai dire, dans les textes de concessions où nous avons trouvé une disposition à ce sujet [61], deux taux sont prévus ; le premier s'applique jusqu'à concurrence d'un montant annuel déterminé de recettes brutes réalisées sur le territoire de la commune concédante ; le deuxième, supérieur au premier, entre en vigueur pour la somme des recettes brutes excédant le premier montant.

---

[57] Art. 72 du règlement d'application de la loi vaudoise du 5 septembre 1944 sur l'utilisation des lacs et cours d'eau dépendant du domaine public, du 17 juillet 1953.

[58] Art. 72 II du règlement cité à la note 57 ci-dessus.

[59] Règlement du 9 décembre 1969 sur le versement des ristournes aux communes par les entreprises bénéficiant de concessions d'eau de l'Etat.

[60] Voir également ch. 553.1.

[61] Cf. convention du 15 octobre 1954 entre les communes de Corseaux, Corsier, La Tour-de-Peilz, Montreux, Vevey et Veytaux et la SRE et la convention du 25 avril 1947 entre la commune d'Ormont-Dessous et la Société des Forces Motrices de la Grande-Eau.

Une telle disposition, lorsqu'elle existe, doit être considérée comme contractuelle et crée, en faveur du concessionnaire, un droit acquis ; en conséquence, l'autorité concédante ne saurait réclamer unilatéralement une augmentation du taux de la redevance qui reste fixe pour toute la durée de validité de l'acte de concession. Si le Conseil d'Etat est compétent pour déterminer un barème minimum, il appartient ensuite aux parties de se déterminer sur le montant effectif ou sur le taux de calcul de la ristourne devant être versée aux communes concédantes ; elles ne sont tenues que de respecter le barème minimum établi par le Conseil d'Etat. De même, le fait pour les parties de reprendre dans l'acte de concession la réglementation édictée par l'Etat doit être interprété comme la volonté de fixer contractuellement, et pour toute la durée de leurs relations juridiques, le montant de la redevance due annuellement aux communes concédantes.

346. *Les clauses réglant les modalités d'exercice du droit de rachat*

Certaines concessions de distribution d'énergie électrique règlent expressément les modalités d'exercice du droit de rachat des installations et de l'entreprise concessionnaire.

Sont notamment précisés, le moment où le rachat peut avoir lieu [62], le délai de préavis [63] et même, parfois, le mode et les bases de calcul de l'indemnité devant être versée au concessionnaire. L'exercice du droit de rachat est soumis quelquefois à des conditions ; ainsi, une concession accordée en même temps par plusieurs communes au même concessionnaire prévoit que le droit de rachat devra être exercé simultanément par toutes les communes concédantes, la décision de procéder au rachat devant être prise « . . . par une ou plusieurs communes représentant au moins les deux tiers de la consommation totale d'énergie électrique sur l'ensemble des territoires communaux, durant les cinq dernières années » [64].

Le rachat porte généralement sur toutes les installations de distribution d'énergie électrique, c'est-à-dire les réseaux secondaires, les stations de transformation, les dérivations primaires et la ligne principale à haute tension.

Une modalité originale de l'exercice du droit de rachat est prévue par le texte type des concessions de la Compagnie vaudoise d'électricité ; ce droit

---

[62] Certains textes de concessions prévoient plusieurs dates auxquelles l'autorité concédante pourra exercer son droit de rachat ; ce moment est généralement fixé à l'échéance de la concession.

[63] Le délai de préavis est généralement de deux à trois ans.

[64] Voir l'art. 20 II de la convention du 15 octobre 1954 entre les communes de Corseaux, Corsier, La Tour-de-Peilz, Montreux, Vevey et Veytaux et la SRE.

peut être exercé par la commune avant l'échéance de la concession : deux dates fixes sont déterminées à cet effet. Après exercice du droit de rachat, et c'est là l'originalité, la commune devra obligatoirement s'approvisionner en énergie électrique, pour l'alimentation de son réseau de distribution, auprès de la Compagnie vaudoise d'électricité, qui la lui fournira au prix du tarif spécial de gros pour revendeur et ce jusqu'à l'échéance de la concession.

La convention du 15 octobre 1954 entre la Société romande d'électricité et les communes de la région de Vevey-Montreux comporte elle aussi une modalité originale d'exercice du droit de rachat ; nous avons déjà relevé que l'une des clauses de l'acte de concession chargeait ce distributeur d'exploiter, à ses risques et périls, une entreprise de transports publics [65] desservant le périmètre territorial des communes concédantes [66]. Le droit de rachat portera non seulement sur toutes les installations de distribution du courant électrique, mais également sur celles du service de transport, les unes ne pouvant être rachetées sans les autres.

Nous constatons, à la lumière de ces exemples, que les modalités du droit de rachat peuvent être diverses ; il est en effet incontestable que les parties à la concession peuvent déterminer en toute liberté les modalités d'exercice du droit de rachat ; elles sont également libres de ne prévoir aucune disposition stipulant un tel droit. Si, toutefois, un droit de rachat a été prévu et des modalités précisées, le concédant et le concessionnaire sont, sauf stipulation contraire, liés contractuellement sur ce point pour toute la durée de la concession. Le fait que l'on retrouve des dispositions semblables dans plusieurs concessions de la même compagnie de distribution n'y change rien. En effet, il n'est pas rare, en droit privé également, de rencontrer des contrats types dont le contenu est établi par l'une des parties seulement et auxquels le cocontractant ne fait qu'adhérer ; il n'en demeure pas moins vrai que les relations entre les parties sont contractuelles et qu'elles ne peuvent se départir de leurs engagements à leur gré.

347. *Les conséquences procédurales de la distinction entre les clauses unilatérales et bilatérales*

En principe, sauf disposition contraire de la loi ou du texte de concession, les litiges entre concédant et concessionnaire sont tranchés selon les règles générales d'organisation judiciaire ; toutefois, la distinction entre les

---

[65] Il s'agit de l'entreprise de transports Vevey - Montreux - Chillon - Villeneuve (VMCV).

[66] Voir à ce sujet ch. 245.2.

dispositions contractuelles et unilatérales de l'acte de concession peut aboutir à une distinction de juridiction. Ainsi, par exemple, les parties sont à même de porter, par une action de droit administratif, les contestations relatives à une disposition bilatérale d'une concession fédérale directement devant le Tribunal fédéral, en vertu de l'article 116, lettre b de la loi d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943, à condition que la législation spéciale ne confère pas à l'administration, quant au point litigieux, un pouvoir de décision au sens de l'article 5 de la loi sur la procédure administrative [67].

[67] Cf. art. 117 b OJF.

4. L'octroi de la concession

41. **Les autorités compétentes**

Les autorités compétentes pour accorder une concession fédérale sont, en principe, des autorités administratives : ainsi, les concessions de transport par automobiles [68], par trolleybus [69], par bateaux [70], par aéronefs [71] et pour la construction et l'exploitation d'aéroports [72] sont octroyées par le Département des transports et communications et de l'énergie. Quant à leur renouvellement, c'est la même autorité qui y procède, sauf les cas où l'Office fédéral des transports est compétent [73]. Seule la concession de chemin de fer est du ressort du pouvoir législatif, l'Assemblée fédérale [74] ; toutefois, le Conseil fédéral est habilité à renouveler une concession de chemin de fer, lorsque les conditions pour le renouvellement sont remplies, et « si le réseau ne doit pas être étendu et si aucune divergence n'existe avec les cantons et l'entreprise ferroviaire au sujet de ce renouvellement » [75]. Cette dernière disposition a

---

[68] Art. 20 I de l'ordonnance sur les concessions de transport par automobiles.

[69] Art. 4 I de la loi fédérale sur les trolleybus.

[70] Art. 24 I de l'ordonnance concernant la navigation soumise à concession ou à autorisation.

[71] Art. 27 II LNA.

[72] Art. 37 LNA.

[73] Art. 20 II b de l'ordonnance sur les concessions de transport par automobiles et art. 24 II de l'ordonnance concernant la navigation soumise à concession ou à autorisation.

[74] Art. 5 II LChf ; l'octroi intervient sur la base d'une proposition du Conseil fédéral, après étude du dossier par le Département des transports et communications et de l'énergie.

[75] Art. 5 III LChf.

été adoptée et introduite dans la loi en 1971, pour alléger la tâche du Parlement ; en effet, si au moment du développement ferroviaire l'intervention de l'autorité législative était nécessaire, il n'en est plus de même aujourd'hui, où l'on accorde peu de nouvelles concessions et où l'on n'assiste guère plus qu'au renouvellement des anciennes.

Quant aux concessions pour la distribution d'eau, de gaz et d'électricité, il appartient au droit cantonal de désigner les autorités compétentes pour les délivrer. Dans le canton de Vaud, elles sont octroyées par les communes, plus exactement par les municipalités [76]. Pour être valables, elles doivent en outre être approuvées par le Conseil communal ou général [77], et, pour les concessions de distribution d'eau, par le Conseil d'Etat [78].

42. **Le pouvoir d'appréciation de l'autorité concédante**

L'autorité compétente pour concéder l'exercice d'une activité dispose pour ce faire d'une incontestable liberté d'appréciation [79]. C'est en cela notamment que l'octroi d'une concession se distingue de celui d'une autorisation de police ; cette dernière doit en effet être accordée par l'administration à tous les requérants qui satisfont aux conditions dont la loi en fait dépendre la délivrance [80].

Le pouvoir d'appréciation de l'autorité concédante se justifie par le fait que l'activité de service public pouvant faire l'objet d'une concession est soustraite à la liberté du commerce et de l'industrie et fait l'objet d'un monopole en faveur de l'Etat ; peu importe d'ailleurs qu'il s'agisse d'un monopole de droit ou de fait [81]. L'Etat étant habilité à prendre en charge directement l'activité dont il possède le monopole, on ne saurait logiquement l'obliger d'en concéder l'exercice à un tiers.

La liberté d'appréciation de l'autorité concédante est double : elle décide en principe librement si elle va octroyer une concession et, en présence de plusieurs requérants, à qui elle va l'accorder. Elle choisira naturellement

---

[76] Art. 6 I de la loi sur la distribution de l'eau ; en l'absence de textes légaux, les communes sont compétentes pour octroyer les concessions de distribution d'eau, de gaz et d'électricité, en vertu de la souveraineté sur le domaine public.

[77] Art. 6 I de la loi vaudoise sur la distribution de l'eau.

[78] Art. 6 I de la loi sur la distribution de l'eau.

[79] GRISEL, p. 145 ; RO 71 I 199.

[80] RO 96 I 554.

[81] Cf. ch. 212.23.

celui qui, à ses yeux, offre les meilleures garanties pour l'exploitation du service public [82] ; le souci de la meilleure exploitation possible des services publics constitue d'ailleurs la justification et du monopole et de la liberté d'appréciation.

La liberté d'appréciation de l'autorité concédante s'exprime également dans les textes de lois ; nous relèverons, à titre d'exemple, la disposition suivante : « Le droit de transporter régulièrement des voyageurs à titre professionnel *peut* être conféré au moyen de concessions I et de concessions II. » [83] L'emploi du verbe *pouvoir* implique en principe la faculté pour l'autorité de déterminer librement si elle va accorder ou non une concession. On retrouve une rédaction semblable dans d'autres textes légaux [84].

Reconnaître à l'autorité concédante un certain pouvoir d'appréciation ne signifie pas que la loi ne puisse fixer un certain nombre de conditions déterminantes pour l'octroi d'une concession ; ainsi, la loi fédérale sur les chemins de fer dispose qu'une « concession peut être accordée lorsque les intérêts publics de la Confédération, en particulier ceux de la défense nationale, de l'aménagement du territoire et de la protection de la nature et du paysage, ne s'y opposent pas et que le trafic ne peut pas être assuré d'une manière judicieuse et plus économique par un autre moyen de transport ». Toutefois, l'application de notions juridiques indéterminées [85] confère aux autorités administratives une certaine liberté d'appréciation, en raison notamment de la retenue dont, à certaines conditions, le juge fait preuve lorsqu'il est appelé à la revoir [86]. Ainsi, par exemple, le pouvoir d'appréciation de l'autorité concédante résidera dans la faculté de juger si, dans un cas concret, un autre moyen de transport que le chemin de fer est plus judicieux et économique.

Même si le requérant remplit toutes les conditions légales, l'autorité compétente n'est pas tenue d'accorder une concession. L'énumération des conditions d'octroi ne saurait être exhaustive, sinon elle aurait pour effet de transformer la concession en une simple autorisation [87].

---

[82] Il se justifie ainsi de refuser une concession de transport par automobiles à un requérant qui n'offre pas les garanties d'un comportement correct sur la route ; cf. JAAC 33 (1966-67), N° 130.

[83] Art. 10 de l'ordonnance sur les concessions de transport par automobiles.

[84] Cf. art. 5 LChf, art. 3 LSP, art. 7 de la loi fédérale du 3 octobre 1975 sur la navigation intérieure (partiellement en vigueur ; voir son texte dans ROLF 1976, I, p. 743) et art. 6 de la loi vaudoise sur la distribution de l'eau.

[85] Sur cette notion, cf. RO 91 I 69 = JT 1966 I 28 ; RO 94 I 127 = JT 1969 I 79 ; RO 96 I 369 = JT 1972 I 98.

[86] Cf. GRISEL, p. 169.

[87] Il ne s'agirait toutefois pas d'une autorisation de police, puisque l'activité qui en ferait l'objet est couverte par le monopole de l'Etat ; aussi la nommerions-nous « autorisation de régale ».

En matière de transport, deux textes légaux mettent des conditions minimales semblables à l'octroi d'une concession [88] : les courses prévues doivent répondre à un besoin et ne pas concurrencer sensiblement [89] des entreprises de transports publics [90] ; par ailleurs, l'entreprise requérante doit offrir la garantie qu'elle satisfera durablement aux obligations découlant de la loi, de l'ordonnance, des dispositions d'exécution et de la concession. Quant aux conditions dont la réalisation est un préalable à l'obtention d'une concession de navigation aérienne, elles sont plus nombreuses et plus sévères et diffèrent suivant que l'entreprise requérante est suisse ou étrangère ; nous ne les énumérerons pas ici, les clauses légales déterminantes à ce propos nous paraissant suffisamment explicites [91]. Nous relèverons toutefois que l'insuffisance des ressources financières de la compagnie requérante constitue un motif absolu de refus d'une concession pour l'exploitation de lignes de navigation aérienne régulières [92].

En ce qui concerne la distribution de l'eau, la loi vaudoise dispose que « la commune peut confier la distribution de l'eau sur son territoire à une personne privée (physique ou morale) *offrant des garanties suffisantes* » [93]. La concession de distribution d'électricité et de gaz n'étant pas soumise, dans le canton de Vaud tout au moins, à des textes légaux spécifiques [94], la commune concédante peut donc en soumettre l'octroi aux conditions qu'elle jugera bon de formuler [95]. L'autorité concédante reste naturellement libre de soumettre la délivrance d'une concession à d'autres conditions que celles qui sont énumérées expressément dans les textes légaux ; dans tous les cas, elle doit cependant éviter celles qui sont arbitraires, tracassières et inopportunes [96]. Ainsi, par exemple, la condition d'une inscription de deux ans au Registre du commerce du requérant d'une concession pour l'établissement d'installations téléphoniques a été admise par le Tribunal fédéral ; il se justifie en

---

[88] Art. 11 de l'ordonnance sur les concessions de transport par automobiles et 9 de l'ordonnance concernant la navigation soumise à concession ou à autorisation.

[89] On peut parler de réelle concurrence lorsque, à la suite de la mise en exploitation des lignes de transport projetées, les entreprises préexistantes seront menacées dans leur équilibre financier ou qu'elles seront privées d'une grande partie du trafic ; cf. JAAC 31 (1962-63) N° 160.

[90] Sont considérées comme entreprises de transports publics les entreprises exploitées par la Confédération et celles qui le sont en vertu d'une concession.

[91] Cf. art. 102, 103, 105 ONA.

[92] Art. 105 II c ONA.

[93] Art. 6 I de la loi sur la distribution de l'eau.

[94] La situation est la même, à notre connaissance, dans les autres cantons.

[95] RO 55 I 275 = JT 1930 I 154 ; RO 70 I 199.

[96] RO 70 I 200.

effet de limiter l'octroi de concessions « aux maisons de commerce qui existent depuis un certain temps et qui, par la direction effective de leur commerce, ont donné des garanties personnelles et réelles pour l'exécution normale des obligations qui vont leur incomber aux termes de la concession » [97].

Le pouvoir d'appréciation de l'autorité concédante n'est toutefois pas absolu ; il est doublement limité. En effet, lorsqu'elle accorde une concession, l'autorité compétente doit éviter toute inégalité de traitement [98] et toute décision arbitraire [99], c'est-à-dire ne s'appuyer que sur des motifs objectifs : en d'autres termes, elle ne peut en aucun cas abuser de son pouvoir d'appréciation [100].

43. **Le problème du droit à la concession**

Toute concession de service public a pour objet d'octroyer à un tiers le droit d'exercer une activité monopolisée en faveur de l'Etat ; elle élargit donc la sphère juridique du concessionnaire en lui permettant d'entreprendre une activité qui, jusqu'alors, lui était interdite. Au contraire de l'autorisation de police, qui constate simplement que le requérant satisfait toutes les conditions légales et réglementaires [101] pour exercer une activité, la concession accorde au concessionnaire un véritable droit qu'il ne possédait pas encore ; cela explique pourquoi le requérant n'a pas un droit à l'obtention d'une concession [102]. De même, la concession ayant pour objet une activité monopolisée [103] en faveur de la corporation publique, le particulier ne saurait invoquer la liberté du commerce et de l'industrie pour obtenir la délivrance d'une concession [104].

Le recours de droit administratif au Tribunal fédéral n'est pas ouvert, en ce qui concerne les concessions fédérales [105], contre la décision de l'autorité

---

[97] RO 55 I 275 = JT 1930 I 155.

[98] Cf. JAAC 33 (1966-67) N° 131.

[99] GRISEL, p. 145 ; JAAC 21 (1951) N° 143.

[100] JAAC 33 (1966-67) N° 131.

[101] L'activité qui fait l'objet d'une autorisation de police est couverte par la liberté du commerce et de l'industrie ; aussi peut-elle, en principe, être entreprise par tous les citoyens. Toutefois, certaines activités présentant un danger pour l'ordre ou la santé publics ont été soumises à autorisation ; cette dernière peut être obtenue par tout requérant qui remplit les conditions d'octroi ; dans ce sens, cf. RO 96 I 554.

[102] Dans le même sens, JAAC 21 (1951) N° 143 et *ZBl* 1961, p. 344.

[103] Peu importe que l'activité fasse l'objet d'un monopole de droit ou de fait.

[104] RO 55 I 281 = JT 1930 I 154 ; RO 81 I 261 ; GRISEL, p. 300.

[105] Cf. art. 47, 72 et 74 a de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative.

concédante refusant au requérant de lui accorder une concession [106] ; par conséquent, c'est le Conseil fédéral qui constitue l'autorité de recours compétente, ce qui permet le contrôle de l'opportunité [107]. Quant aux décisions refusant d'accorder une concession de distribution d'eau, de gaz ou d'électricité, elles peuvent faire l'objet d'un recours devant l'autorité désignée par le droit cantonal applicable ; dans le canton de Vaud, il s'agit du Conseil d'Etat, compétent en vertu de son pouvoir général de surveillance sur les communes [108]. Le recours de droit public pour arbitraire (violation de l'article 4 de la Constitution fédérale) n'est ouvert que pour les concessions cantonales. Toutefois, la reconnaissance de la liberté d'appréciation de l'administration a pour conséquence que le juge fera preuve d'une certaine retenue dans son examen des décisions de l'autorité concédante. En effet, celles-ci dépendent pour une bonne part de faits mieux connus de l'autorité administrative que de l'autorité judiciaire [109] : il en est ainsi notamment de l'existence d'un besoin [110], et de l'inexistence d'une concurrence sensible entre les entreprises de transports publics et le futur concessionnaire [111], conditions préalables à l'octroi de certaines concessions.

---

[106] Art. 99 b OJF ; le recours de droit administratif au TF n'est d'ailleurs pas possible non plus contre l'octroi d'une concession.

[107] Cf., par exemple, *ZBl* 1974, p. 272 ss., décision du Conseil fédéral relative à l'octroi d'une concession de téléphérique.

[108] Art. 145 de la loi vaudoise du 28 février 1956 sur les communes.

[109] GRISEL, p. 169, 170 et la jurisprudence citée par cet auteur.

[110] Cf., art. 11 I a de l'ordonnance sur les concessions de transport par automobiles, art. 9 II a de l'ordonnance concernant la navigation soumise à concession ou à autorisation et art. 105 III a ONA.

[111] Art. 11 I b de l'ordonnance sur les concessions de transport par automobiles et art. 9 II b de l'ordonnance concernant la navigation soumise à concession ou à autorisation.

5. Les obligations du concessionnaire

51. **Généralités**

S'agissant d'une activité monopolisée en faveur de l'Etat, il est normal qu'il en résulte un certain nombre d'obligations et de charges pour le concessionnaire. Ces obligations ont pour but d'assurer le bon fonctionnement des services publics, vu l'intérêt qu'ils représentent pour la communauté ; les obligations à la charge du concessionnaire sont notamment déterminées par la loi ; en l'absence de dispositions légales, elles le sont par l'administration ou par l'autorité concédante, qui disposent, pour ce faire, d'une certaine liberté d'appréciation [112]. Cela ne signifie pas que l'administration pourra imposer au concessionnaire n'importe quelle obligation. Elles doivent concerner directement l'activité monopolisée et doivent être déterminées à travers les buts que le monopole veut atteindre [113]. Si de telles limites n'étaient pas imposées, on permettrait à l'administration de s'immiscer dans des activités qui ne font l'objet d'aucun monopole, ce qui serait naturellement contraire à la liberté du commerce et de l'industrie.

Les obligations principales à la charge du concessionnaire sont celles qui correspondent aux caractéristiques d'une activité de service public. C'est ainsi que le principe de la continuité de l'exploitation se traduit pour le concessionnaire par l'obligation d'exploiter, la faculté pour chacun de pouvoir faire appel au service public par celle de contracter, et le principe de la mutabilité par celle d'adapter le service public aux besoins. D'autres obligations sont également à la charge du concessionnaire ; elles sont notamment de nature pécuniaire [114] ou sociale [115].

---

[112] RO 55 I 275 = JT 1930 I 154.

[113] RO 71 I 200.

[114] Par exemple, obligation de payer une redevance lors de l'octroi ou du renouvellement de la concession.

[115] Cf. à ce sujet ch. 55 et 56.

Quant à la nature juridique des obligations que la loi ou la concession imposent au concessionnaire, elle est incontestablement de droit public. Les obligations caractéristiques découlant du service public dérogent manifestement à la réglementation ordinaire des activités économiques, qui, en principe, à l'exception des règles de police et de politique sociale, ne sont régies que par le droit privé. Ainsi l'obligation de contracter, selon laquelle tout usager réalisant les conditions d'utilisation a un droit aux prestations du service public, est contraire au principe de la liberté contractuelle connue généralement en droit privé suisse [116] : cette limitation à l'autonomie contractuelle du concessionnaire repose nécessairement sur le droit public [117]. On peut en dire autant en ce qui concerne l'obligation d'exploiter et l'obligation d'adapter le service public, qui sont contraires aux principes reconnus à chacun d'exercer et de cesser une activité économique lorsqu'il l'entend. En outre, puisque les obligations imposées au concessionnaire ont pour but de sauvegarder les intérêts des administrés, elles ne peuvent relever que du droit public.

52. **L'obligation d'exploiter**

521. *L'obligation d'exploiter dans les textes légaux*

Dans le domaine des transports, de nombreux textes légaux prévoient expressément l'obligation d'exploiter. Il en est ainsi à l'article 7 de la loi fédérale du 20 décembre 1957 sur les chemins de fer, à l'article 25, alinéa 1 de l'ordonnance sur les concessions de transport par automobiles du 4 janvier 1960 et à l'article 5 de la loi fédérale du 29 mars 1950 sur les entreprises de trolleybus. Aucune disposition semblable n'existe en ce qui concerne la navigation intérieure. Toutefois, l'article 41, alinéa 1 de l'ordonnance du 9 août 1972 concernant la navigation soumise à concession ou à autorisation [118] précisant que « l'exploitation doit répondre aux exigences d'un service public », il nous paraît évident qu'une entreprise concessionnaire a l'obligation d'exploiter [119].

---

[116] Cf. art. 19 CO ; ENGEL, p. 8 ss.

[117] RUFFY, p. 131 ; FRIEDLÄNDER, p. 77 ; FEER, p. 43 ; NELL, p. 39.

[118] RS 747.211.1.

[119] De plus, l'art. 2 II de l'ordonnance, opposant autorisation et concession de navigation, mentionne l'obligation d'exploiter au nombre des charges du concessionnaire.

L'article 29 de la loi sur la navigation aérienne du 21 décembre 1948 [120] laisse le soin à la concession pour l'exploitation de lignes régulières de régler un certain nombre de questions essentielles et, parmi elles, celle qui concerne l'obligation d'assurer l'exploitation ; il convient donc de se reporter au texte de la concession pour savoir si une telle obligation existe. Aucune disposition légale n'oblige l'exploitant d'un aéroport à exploiter ; cette obligation fait cependant l'objet d'une clause expresse de toutes les concessions actuellement en vigueur. La situation est différente en ce qui concerne les services industriels. Nous avons déjà précisé qu'il n'existait pas de lois fédérales sur la distribution de l'eau, du gaz ou de l'électricité ; ce domaine relève donc exclusivement de la législation cantonale. Dans le canton de Vaud, seule la distribution de l'eau fait l'objet d'une loi spécifique [121] ; cette dernière dispose, à son article 17, que « le fournisseur ne peut suspendre la livraison de l'eau que si le propriétaire viole gravement et de façon répétée ses obligations ou s'il survient un cas de force majeure ». En d'autres termes, le fournisseur d'eau (services industriels ou concessionnaires) est tenu d'exploiter, sauf motifs exceptionnels [122]. Aucun texte légal n'impose au concessionnaire distributeur d'électricité ou de gaz une obligation d'exploiter, puisqu'il n'existe pas de loi vaudoise en la matière [123].

522. *L'étendue de l'obligation d'exploiter*

522.1. *Les concessions fédérales*

L'obligation d'exploiter ne peut être, évidemment, absolue ; son contenu et son étendue peuvent varier selon la nature du service public.

En ce qui concerne les entreprises de transport, l'obligation d'exploiter est limitée par plusieurs facteurs. Le devoir d'assurer un service régulier de transport ne peut exister, tout d'abord, que sur les lignes concédées en exploitation et selon l'horaire établi [124] ; ce dernier doit être approuvé [125] par

---

[120] RS 748.0.

[121] Loi vaudoise sur la distribution de l'eau du 30 novembre 1964.

[122] La même obligation incombe, dans les autres cantons, aux communes et aux groupements de communes qui assurent l'essentiel de l'approvisionnement en eau.

[123] A notre connaissance, la législation des autres cantons suisses ne comporte pas non plus de lois en la matière ; toutefois, certains cantons sont en train de préparer des textes législatifs sur une conception globale de l'énergie (par exemple Berne, Argovie, Bâle-Ville, Bâle-Campagne).

[124] SCHAERER, p. 80 ; RUFFY, p. 40, 103.

[125] Art. 11 de l'ordonnance sur les horaires du 2 septembre 1970 (RS 742.151.4).

l'Office fédéral des transports, puis publié [126] avant sa mise en vigueur. La marche à suivre pour l'établissement des horaires prévoit d'ailleurs la prise en considération de l'avis de tous les milieux concernés : usagers, entreprises voisines, canton(s) et Confédération.

Ensuite, le contenu de l'obligation d'exploiter n'est pas le même pour tous les chemins de fer, la loi distinguant à ce propos les chemins de fer secondaires [127] et les chemins de fer principaux [128]. En effet, seuls ces derniers doivent, lorsque leur exploitation subit une interruption, assurer le transport des voyageurs, des bagages et des envois de la poste aux lettres, soit en détournant le trafic, soit en recourant à d'autres véhicules [129]. Au contraire, les chemins de fer secondaires assurant le trafic local des voyageurs ou ceux dont l'exploitation est saisonnière ne sont pas tenus de mettre sur pied un tel service de remplacement ; il en va de même des entreprises de trolleybus que l'article 11 de la loi du 29 mars 1950 assimile à des chemins de fer secondaires. Les motifs de la distinction nous paraissent logiques pour ce qui concerne les chemins de fer exploités saisonnièrement ; on pourrait même se demander s'ils constituent encore de véritables services publics, leur exploitation n'étant assurée que de manière intermittente. En revanche, ne pas astreindre les chemins de fer locaux exploités régulièrement à organiser un service de remplacement revient à créer une hiérarchie parmi les services publics. Cette conséquence nous paraît contestable pour deux raisons : d'une part, l'entreprise de transport bénéficiant, la plupart du temps, d'une situation de monopole, l'usager n'a pas la possibilité de s'adresser à un concurrent pour être transporté ; d'autre part, l'importance du trafic local ne doit pas être minimisée : elle est même vitale pour certaines régions.

L'article 8, alinéa 1 de la loi sur les chemins de fer réserve le changement dans les circonstances ; il dispose en effet : « Si une situation obérée ou d'autres motifs importants le justifient, le Conseil fédéral peut alléger les obligations qui incombent à l'entreprise concessionnaire en vertu de la loi ou de la concession. La suspension temporaire de l'exploitation ferroviaire peut être autorisée lorsque le service doit être assuré, en tout ou en partie,

---

[126] Art. 12 de l'ordonnance sur les horaires du 2 septembre 1970 ; l'art. 4 du même texte légal détermine la marche à suivre pour l'établissement des horaires.

[127] Sont secondaires, les chemins de fer à voie normale assurant un trafic local et les chemins de fer à voie étroite, y compris les chemins de fer à crémaillère, les tramways et les funiculaires ; cf. art. 2 LChf.

[128] Sont considérés comme principaux les chemins de fer à voie normale assurant le transit national et international ; cf. art. 2 LChf.

[129] Art. 38 I LChf.

au moyen de véhicules autres que ceux de chemin de fer. » [130] L'autorité compétente peut ainsi restreindre en cas de nécessité l'obligation d'exploiter d'une entreprise concessionnaire.

La position des concessionnaires de lignes aériennes et de transport par automobile est pratiquement identique ; s'ils entendent que leur obligation d'exploiter soit allégée, ils doivent adresser une demande dans ce cens à l'autorité compétente [131] ; tant qu'une décision n'est pas intervenue, ils sont tenus de maintenir l'exploitation de leur entreprise, telle qu'elle est déterminée par la loi, la concession et l'horaire [132]. Il est donc important de souligner qu'un concessionnaire de transport ne peut jamais décider seul de la modification de son obligation d'exploiter ; il doit y être autorisé préalablement par l'autorité compétente.

Les concessions de chemins de fer, de tramways, de trolleybus [133] et de navigation, contrairement aux concessions I de transport par automobile, ne contiennent en principe pas de disposition expresse sur l'obligation d'exploiter ; cela n'a pas d'importance, puisque les textes légaux applicables la prévoient expressément.

Tous les exploitants d'aéroports sont tenus d'exploiter, en vertu d'une disposition expresse figurant dans le texte des concessions. L'exploitation ne doit cependant être assurée que durant les heures d'ouverture [134] ; elle peut même être restreinte ou suspendue par le concessionnaire, à charge pour lui d'en informer l'Office fédéral de l'air, les jours de fêtes générales [135].

Quant aux concessions de navigation aérienne, elles prévoient toutes expressément une obligation d'exploiter stipulée dans des termes identiques ; l'entreprise est tenue de prendre toutes les mesures nécessaires pour maintenir

---

[130] Le sens de cette phrase du texte légal n'est pas évident. On vise ici le cas où l'exploitation ferroviaire est empêchée par des événements imprévisibles et remplacée, par exemple, par des transports routiers. Des raisons d'économie d'entreprise et de rentabilité peuvent également inciter le concessionnaire de chemins de fer à assurer une partie du trafic au moyen de transports routiers, sans toutefois abandonner l'exploitation ferroviaire ; le Conseil fédéral peut ainsi l'autoriser à suspendre tout ou partie de son exploitation.

[131] En l'occurrence, le Département des transports et communications et de l'énergie.

[132] Cf. art. 108 II ONA et 12 de l'ordonnance d'exécution II de la loi sur le service des postes.

[133] La concession du 15 janvier 1974 pour un service de trolleybus à La Chaux-de-Fonds contient une clause sur l'obligation d'exploiter.

[134] Seuls les aéroports de Genève-Cointrin et de Zurich sont ouverts en permanence au trafic.

[135] On retrouve cette clause dans toutes les concessions, hormis celles pour l'exploitation des aéroports de Genève-Cointrin, de Zurich et de Bern-Belp.

l'exploitation selon les horaires prévus, dans les limites des moyens techniques et des possibilités en matériel [136].

522.2. *Les concessions cantonales*

L'article 17 de la loi vaudoise sur la distribution de l'eau du 30 novembre 1964 n'autorise que restrictivement le fournisseur à suspendre son exploitation : il ne peut le faire qu'en cas de force majeure, de travaux sur les installations, d'incendie, de sécheresse et de faits de guerre ; les textes de concession stipulent d'ailleurs que le concessionnaire s'engage à assurer la régularité de la fourniture de l'eau et doit prévenir, autant que faire se peut, les abonnés de toute interruption dans la distribution.

En ce qui concerne la distribution du gaz et de l'électricité, on ne peut, en l'absence de dispositions légales, se référer qu'aux textes de concession pour connaître l'étendue de l'obligation d'exploiter. L'étude de ces textes nous montre que le concessionnaire est tenu d'exploiter son réseau, engagé qu'il s'est à fournir l'énergie électrique et le gaz aux usagers domiciliés sur le territoire des communes qu'il approvisionne. Si le distributeur d'électricité doit assurer une fourniture permanente et complète, il ne peut le faire toutefois que dans les limites de tolérance pour la tension et la fréquence. Le règlement de distribution adopté par un grand nombre d'entreprises de distribution habilite le concessionnaire en cas de force majeure, de dérangements, de réparations, de travaux d'entretien et d'extension ainsi que de perturbations de l'exploitation normale par suite de circonstances extraordinaires ou encore lorsque les mesures s'imposent pour assurer l'approvisionnement général du pays, à restreindre ou à interrompre la fourniture. Il doit cependant, dans la mesure du possible, aviser les abonnés de toute interruption ou restriction prévisible.

De semblables dispositions sont applicables au distributeur de gaz qui est tenu de fournir le gaz de manière continue, jusqu'à concurrence du débit disponible. Le concessionnaire ne peut interrompre sa fourniture que si des circonstances exceptionnelles l'exigent (accidents, grève, faits de guerre, restrictions) ou si les besoins du service le justifient (réparations et travaux sur le réseau). Les arrêts d'approvisionnement doivent être limités en nombre et en durée.

En résumé, nous pouvons dire que l'obligation d'exploiter à la charge du concessionnaire ne peut être allégée qu'exceptionnellement ; sa limitation ne peut intervenir qu'en cas de nécessité et, en principe, qu'avec l'accord de l'autorité compétente ; le concessionnaire ne peut restreindre de son propre

[136] Cf., par exemple, art. 5 de la concession de la Swissair ; RT 1966 p. 387.

chef son exploitation que lorsqu'une disposition de la loi ou du texte de la concession l'y autorise expressément [137].

53. L'obligation de contracter et le contenu du contrat

531. *Généralités*

La faculté pour chacun de pouvoir faire appel au service public se traduit, pour le concessionnaire, par une obligation de fournir ses prestations à quiconque en exprime le désir ; il ne peut donc choisir librement ses clients. Cette obligation de contracter suppose également l'égalité des usagers, chaque administré devant être traité de la même manière [138]. Par conséquent, à conditions égales, chaque usager doit payer le même prix et bénéficier de prestations identiques. Le concessionnaire ne peut donc fixer ses prix comme bon lui semble ; il est tenu d'établir et de publier un tarif [139] qui, la plupart du temps, doit être approuvé par une autorité de surveillance [140]. Toutefois, l'exigence de l'élaboration d'un tarif ne signifie nullement qu'on ne puisse distinguer diverses catégories d'usagers ou de consommateurs, auxquelles on applique des tarifs différents. A ce propos, une décision récente du Conseil d'Etat français exige que les discriminations tarifaires soient justifiées par de réelles différences dans la situation des usagers du service public ou qu'elles aient leur source dans la valeur ou le coût des prestations fournies, pour qu'elles soient compatibles avec le principe d'égalité des administrés devant le service public [141].

C'est sans doute dans le domaine de la distribution de l'énergie électrique qu'on rencontre la plus grande diversité dans les tarifs ; les prix varient

---

[137] C'est le cas, par exemple, de certaines concessions pour l'exploitation d'aéroports qui autorisent le concessionnaire à restreindre ou à suspendre son exploitation les jours de fêtes générales ; cf., à ce propos, notre page 100.

[138] Duez et Debeyre, p. 559 ; Waline, p. 720 ; RO 92 I 510.

[139] Art. 10 LChf ; art. 11 de la loi fédérale sur les entreprises de trolleybus ; art. 27 I de l'ordonnance sur les concessions de transport par automobiles ; art. 29, 39 LNA ; art. 14, 15 de la loi vaudoise sur la distribution de l'eau ; art. 67 du règlement d'application du 17 juillet 1953 de la loi vaudoise sur l'utilisation des lacs et des cours d'eau.

[140] Art. 12 de la loi fédérale sur les transports par chemins de fer et par bateaux et 15 du règlement y relatif ; art. 67 du règlement d'application du 17 juillet 1953 de la loi vaudoise sur l'utilisation des lacs et cours d'eau ; art. 106 ONA ; art. 27 I de l'ordonnance sur les concessions de transport par automobiles.

[141] C.E., Ville d'Elbeuf, 6 janvier 1967, *Recueil*, p. 1.

notamment selon l'usage qu'il est fait de l'électricité (éclairage, usage thermique, force), selon la catégorie de consommateurs (artisan, commerçant, petit industriel, gros industriel, chantier de construction, ménage privé), selon le moment de l'utilisation (tarif de jour et tarif de nuit), selon la puissance mise à disposition ou encore selon la quantité de courant consommée. Dans le domaine des transports par chemins de fer et par bateaux, l'arrêté du Conseil fédéral sur la formation des tarifs du 17 octobre 1967 [142] distingue quatre catégories de trafic : celui des voyageurs, des bagages, des marchandises et des animaux. Le même texte légal précise quels sont les critères de la taxation ; c'est ainsi que le tarif pour le transport des voyageurs peut être fonction [143] de la distance parcourue, de la classe de voiture, du nombre de courses pour un même transport (billet d'aller et retour, abonnement), de la durée de validité du billet, du nombre de voyageurs pour un même titre de transport (billet collectif), du sens du transport (montée ou descente), de la qualité du voyageur (enfant, indigène, militaire) et, enfin, de la saison.

L'article 11 de l'arrêté précise également les cas où des réductions sont accordées. Le principe de l'égalité de traitement des usagers ne veut donc pas dire application à chacun d'un seul et même tarif ; en revanche, chaque usager a droit à ce qu'on lui applique le tarif prévu pour la catégorie d'usagers dont il fait partie [144].

Le Tribunal fédéral, dans un arrêt relativement ancien [145], a eu l'occasion de se prononcer sur l'admissibilité de la coexistence de plusieurs tarifs. Résumons les faits :

La ville de Genève, en avril 1939, a complété les règlements sur les marchés ; elle a notamment édicté un tarif spécial applicable aux locataires des halles domiciliés hors du canton de Genève. Un certain nombre de commerçants domiciliés dans le canton de Vaud ont recouru contre le tarif jusqu'au Tribunal fédéral, en invoquant notamment la violation de l'article 4 de la Constitution fédérale. Dans ces considérants, notre Haute Cour a admis que les institutions cantonales et communales telles qu'écoles, hôpitaux et halles sont destinées avant tout à l'usage des citoyens domiciliés sur leur territoire, lesquels supportent l'ensemble des charges publiques [146] ; il est dès lors possi-

---

[142] RS 742.402.1.

[143] Art. 5, 10 de l'arrêté du Conseil fédéral sur la formation des tarifs du 17 octobre 1967 (RS 742.402.1).

[144] Dans ce sens, voir la jurisprudence du Conseil d'Etat français dans l'arrêt Société L'Alcool dénaturé, *Revue du droit public,* 1939, p. 487 et dans l'arrêt du 13 juillet 1962, Conseil national de l'ordre des médecins, *Recueil,* p. 479, *Revue du droit public,* 1962, p. 739.

[145] RO 66 I 1 = JT 1940 I 529.

[146] Cf., dans le même sens, RO 100 I a 289 = JT 1976 I 119.

ble d'exiger une taxe supérieure pour l'utilisation d'un service public par un usager domicilié ailleurs. Cependant, pour qu'une discrimination soit admissible, il faut qu'elle repose « sur des raisons sérieuses, c'est-à-dire qu'il existe une relation naturelle entre la situation particulière et le traitement différentiel ».

Cette décision, bien que rendue dans le cadre de l'utilisation par les citoyens du patrimoine administratif de l'Etat (écoles, hôpitaux, halles), nous paraît applicable à l'usage des services publics. En effet, les mêmes principes (libre accession et égalité) s'appliquent à l'usage par les administrés du patrimoine administratif de l'Etat et à l'utilisation des services publics (concédés ou non) ; l'usager est donc, à cet égard, dans une situation identique, lorsqu'il utilise un service public géré en concession ou en régie. Avec le Tribunal fédéral, il faut donc admettre qu'il puisse exister plusieurs catégories de tarifs ; cependant, une discrimination tarifaire n'est concevable que si elle est justifiée par une différence dans la situation des usagers face au service public ou par la fourniture de prestations sortant de l'ordinaire. Ainsi, le concessionnaire peut fournir le courant électrique à un industriel à un prix plus favorable qu'aux consommateurs individuels, sans violer le principe de l'égalité des usagers devant le service public ; en effet, un industriel qui consomme beaucoup d'énergie électrique est, vis-à-vis du concessionnaire distributeur, dans une situation différente de celle d'un simple particulier ; un traitement tarifaire différencié peut donc se justifier. En revanche, tout usager a droit à ce qu'on lui applique le tarif prévu pour la catégorie de consommateurs dont il fait partie. L'article 14 de la loi fédérale du 11 mars 1948 rappelle ce principe en disposant que « les tarifs doivent être appliqués de manière égale à toute personne se conformant à leurs conditions. Toute convention particulière ayant pour effet d'accorder une réduction de prix ou d'autres avantages par rapport aux tarifs est interdite et nulle de plein droit. Sont toutefois autorisés les réductions de prix et autres avantages à la condition qu'ils aient été publiés et soient accessibles à tous aux mêmes conditions, ainsi que les réductions et autres avantages accordés soit pour le service du chemin de fer, soit pour le service des administrations publiques, soit au profit d'œuvres de bienfaisance. » [147]

532. *L'obligation de contracter dans les textes légaux*

Signalons au préalable qu'elle consiste, pour les concessionnaires de transport en une obligation de transporter, pour les exploitants d'aéroports dans

[147] Voir également art. 10 II de la loi fédérale sur les transports par chemins de fer et par bateaux du 11 mars 1948 (RS 742.40).

l'obligation de mettre à disposition leurs installations et, pour les distributeurs d'eau, de gaz et d'électricité, en une obligation de fourniture.

L'obligation de transporter fait généralement l'objet de dispositions expresses ; il en est ainsi à l'article 7 de la loi fédérale sur les transports par chemins de fer et par bateaux du 11 mars 1948, à l'article 25 de l'ordonnance d'exécution II de la loi fédérale sur le service des postes du 4 janvier 1960, à l'article 29 de la loi sur la navigation aérienne et à l'article 109 de l'ordonnance sur la navigation aérienne du 14 novembre 1973. Ces dispositions sont toutes rédigées de manière générale et renvoient aux textes de concession. L'exploitant d'un aéroport est également tenu de mettre ses installations à disposition de tous les usagers, pour les catégories d'avions prévues dans la concession [148].

L'obligation des communes de fournir l'eau potable est prévue à l'article premier, alinéa 1 de la loi vaudoise sur la distribution de l'eau du 30 novembre 1964 [149] ; les communes sont naturellement libres de fournir l'eau dans une mesure plus étendue. Lorsqu'elle est confiée à un concessionnaire, la distribution doit être assurée, pour le moins, dans les limites légales.

Quant à l'obligation de fourniture de gaz et d'électricité, elle ne peut figurer, en l'absence de textes légaux, que dans les textes de concession : il se justifie de l'imposer aux concessionnaires, en raison de la position de monopole dont ils jouissent la plupart du temps [150].

533. *L'étendue de l'obligation de contracter*

533.1. *L'obligation de transporter dans les textes de concession*

L'étendue de l'obligation de transporter doit être déterminée par la concession ; il importe donc d'en consulter d'abord le texte pour en connaître les limites.

Le concessionnaire de chemin de fer est tenu, la plupart du temps, d'effectuer le transport des voyageurs et de leurs bagages, des marchandises et des

---

[148] Cf. art. 39 V b ONA.

[149] Voir aussi :

Berne : art. 116 de la loi sur l'utilisation des eaux du 3 décembre 1950 et 6 de l'ordonnance concernant les installations d'alimentation en eau potable et des eaux usées du 4 janvier 1952 ;

Valais : art. 83 de la loi du 18 novembre 1961 sur la santé publique et 5 de l'arrêté du 8 janvier 1969 concernant les installations en eau potable.

[150] Dans ce sens, voir une décision du Tribunal administratif bernois dans *MBVR* 1971, p. 124.

animaux vivants [151] ; cependant, certaines compagnies ne doivent transporter les marchandises que pour autant que leur matériel roulant s'y prête [152] et sur certaines lignes seulement [153] ; d'autres ne sont pas tenues de prendre en charge les animaux vivants [154] ; enfin, signalons, à titre de curiosité, un chemin de fer qui ne doit transporter que les marchandises [155]. Les entreprises de tramways [156] et de funiculaires [157] ne transportent généralement que les voyageurs et leurs bagages [158]. Les compagnies de navigation ne transportent, la

---

[151] Cf., par exemple : art. 9 de la concession du 20 octobre 1969 du chemin de fer Solothurn-Münster, RT 1969, p. 391 ; art. 9 de la concession du 3 décembre 1968 octroyée au Schweizerische Südostbahn, RT 1968, p. 362 ; art. 8 de la concession du 6 décembre 1966 du chemin de fer Bière-Apples-Morges, RT 1966, p. 376 ; art. 8 de la concession du 6 juin 1961 du chemin de fer régional du Val de Travers, RT 1961, p. 121 ; art. 8 de la concession du 22 mars 1963 du chemin de fer des Montagnes neuchâteloises, RT 1963, p. 109 ; art. 9 de la concession du 4 octobre 1966 du chemin de fer Brigue-Viège-Zermatt, RT 1966, p. 324.

[152] Cf., par exemple : art. 9 de la concession du chemin de fer Aigle-Leysin du 18 décembre 1972, RT 1972, p. 397 ; art. 8 de la concession du 7 mars 1967 du chemin de fer Lauterbrunnen-Mürren, RT 1967, p. 139 ; art. 8 de la concession du 29 octobre 1969 du chemin de fer Brienz-Rothorn, RT 1969, p. 387.

[153] Art. 8 de la concession du 7 mars 1967 du chemin de fer Berner Oberland, RT 1967, p. 135.

[154] Cf., par exemple : art. 8 de la concession du 16 mars 1972 du chemin de fer du Gornergrat, RT 1972, p. 221 ; art. 9 de la concession du 15 décembre 1969 du chemin de fer Glion - Rochers-de-Naye, RT 1969, p. 221.

[155] Art. 7 de la concession du 31 mars 1949 accordée pour l'exploitation du Güterbahn Au/Birsfelden - Muttenz, RT 1949, p. 116.

[156] Cf., par exemple : art. 9 de la concession du 25 décembre 1960 accordée à la Compagnie genevoise des Tramways électriques, RT 1960, p. 159 ; art. 8 de la concession du 3 décembre 1968 octroyée aux Städtische Verkehrsbetriebe Bern, RT 1968, p. 358.

[157] Cf., par exemple : art. 8 de la concession du 4 juin 1971 pour l'exploitation du funiculaire Cossonay-Gare - Cossonay-Ville, RT 1971, p. 243 ; art. 8 de la concession du 21 décembre 1966 pour l'exploitation du funiculaire Ecluse-Plan (Neuchâtel), RT 1966, p. 298 ; art. 7 de la concession du 6 juin 1961 pour l'exploitation du funiculaire Territet-Glion, RT 1961, p. 125.

Les deux derniers funiculaires cités sont tenus également de transporter les colis exprès.

[158] Cependant, certains funiculaires doivent prendre en charge les petites marchandises, ainsi, par exemple : art. 7 de la concession du 8 octobre 1964 pour l'exploitation du funiculaire Biel-Magglingen, RT 1964, p. 267 ; art. 7 de la concession du 8 octobre 1964 pour l'exploitation du funiculaire Marzili-Bern, RT 1964, p. 264.

D'autres funiculaires ne transportent les marchandises que si le matériel roulant le permet : voir, par exemple : art. 8 de la concession du 7 mars 1967 pour l'exploitation du funiculaire Lauterbrunnen-Mürren, RT 1967, p. 139 ; art. 8 de la concession du 4 juin 1971 pour l'exploitation du Dolderbahn, RT 1971, p. 247.

plupart du temps, que les voyageurs et les bagages [159], les marchandises n'étant prises en charge que rarement [160] ou seulement si les installations le permettent [161] ; les animaux doivent quelquefois être transportés [162] ou certains d'entre eux uniquement [163, 164].

Nous n'avons trouvé, dans nos recherches, que deux concessions pour l'exploitation de trolleybus contenant expressément une obligation de transporter [165] ; elle prévoit le transport obligatoire des voyageurs et de leurs bagages ; la même obligation incombe aux concessionnaires de transport par automobiles.

En ce qui concerne la navigation aérienne, seules les concessions de la Swissair, à son article 6, et celle de l'ALAG, à son article 8, mentionnent l'obligation de transporter ; ces dispositions établissent un ordre de priorité. Doivent être transportés par la Swissair et dans l'ordre ci-après [166] :

a) les personnes envoyées en mission par le Conseil fédéral et les diplomates suisses ainsi que leurs bagages ;

b) les envois postaux et le courrier diplomatique qui ne font pas partie du fret ;

---

[159] Cf., par exemple : art. 9 de la concession du 23 décembre 1972 accordée à la Società Navigazione del Lago di Lugano, RT 1972, p. 402 ; art. 11 de la concession du 6 avril 1961 pour la navigation sur le lac Léman (Petit-Lac) accordée à la Société des Mouettes genevoises, RT 1961, p. 384 ; art. 10 de la concession du 10 août 1971 accordée à la commune de Silvaplana pour la navigation sur le Silvaplaner- und Champfersee, RT 1971, p. 312.

[160] Cf., par exemple : art. 9 de la concession du 26 octobre 1967 pour la navigation sur le lac de Zurich, sur le parcours Horgen-Meilen, RT 1967, p. 284.

[161] Cf., par exemple : art. 9 de la concession du 14 juin 1971 pour la navigation sur le Greifensee, RT 1971, p. 252 ; art. 9 de la concession du 26 juin 1971 pour la navigation sur le Hallwilersee, RT 1971, p. 257.

[162] Cf., par exemple : art. 9 de la concession du 26 octobre 1967 pour la navigation sur le lac de Zurich, sur le parcours Horgen-Meilen, RT 1967, p. 284.

[163] Doivent être transportés : *les chiens accompagnés.*

Cf., par exemple : art. 9 de la concession du 14 juin 1971 pour la navigation sur le Greifensee, RT 1971, p. 252 ; art. 9 de la concession du 21 juin 1971 pour la navigation sur le Hallwilersee, RT 1971, p. 257.

[164] Doivent être transportés : *les animaux de selle et de trait.*

Cf., par exemple : art. 10 de la concession du 30 juillet 1971 pour la navigation sur le lac des Quatre-Cantons, sur le parcours Beckenried-Gersau, RT 1971, p. 300.

[165] Art. 10 de la concession du 28 décembre 1971 accordée aux Transports municipaux de la Ville de Berne, RT 1971, p. 480 ; art. 11 de la concession du 18 septembre 1972 accordée aux Transports municipaux de la Ville de Lugano, RT 1972, p. 328.

Cela n'empêche pas que toutes les entreprises de transport par trolleybus sont soumises à l'obligation de transporter ; voir à ce sujet ch. 231.3.

[166] Concession du 19 décembre 1966 ; RT 1966, p. 387.

c) les personnes non désignées sous lettre a) et leurs bagages, ainsi que le fret.

Quant à l'ALAG, elle est tenue de transporter d'abord les voyageurs et leurs bagages, ensuite la poste et, en dernier lieu, le fret [167]. Les concessionnaires d'aéroports doivent mettre leurs installations à disposition de tous les aéronefs appartenant aux catégories qui peuvent l'utiliser et pour lesquelles ils ont été construits ; toutefois, tous les textes de concession prévoient que l'exploitant peut, dans l'intérêt de la sécurité aérienne, interdire temporairement l'utilisation de l'aéroport ou la soumettre à conditions, lorsqu'il s'agit de vols de planeurs, d'hélicoptères et d'aéronefs plus légers que l'air, de vols d'école, de démonstration, de plaisance, et de vols d'essai, lorsque ces derniers n'ont pas été ordonnés par l'Office fédéral de l'air.

Pour pouvoir exiger l'exécution de l'obligation, l'usager doit naturellement se conformer aux conditions de transport et à toutes les autres mesures d'ordre général qui ont été édictées [168] ; c'est ainsi, par exemple, que l'expéditeur doit remettre à l'entreprise de chemin de fer une lettre de voiture avec chaque envoi [169] et que la marchandise doit, en général, être soigneusement emballée [170]. Par ailleurs, les voyageurs atteints ou suspects d'être atteints de maladies contagieuses ne peuvent exiger d'être transportés ; les personnes ivres ou celles qui pourraient incommoder les autres usagers peuvent également être exclues du transport [171, 172]. Il va de soi que l'obligation de transport n'existe que pour les courses prévues à l'horaire ; la procédure d'établissement des horaires [173], qui prévoit la consultation des milieux intéressés, paraît suffisante pour garantir une fréquence des courses propre à satisfaire les besoins des usagers.

---

[167] Concession du 19 octobre 1964, non publiée.

[168] Par exemple : art. 7 I de la loi fédérale sur les transports par chemins de fer et par bateaux ; art. 6 I du règlement concernant les transports par chemins de fer et par bateaux.

[169] Par exemple : art. 35 de la loi fédérale sur les transports par chemins de fer et par bateaux ; art. 128 du règlement concernant les transports par chemins de fer et par bateaux.

[170] Par exemple : art. 39 II de la loi fédérale sur les transports par chemins de fer et par bateaux ; art. 141 du règlement concernant les transports par chemins de fer et par bateaux.

[171] Cf. art. 49 LSP (RS 783.0) et art. 49 du règlement concernant les transports par chemins de fer et par bateaux du 2 octobre 1967 (RS 742.401).

[172] Il ne nous est pas possible de traiter ici toutes les conditions de transport ; elles font l'objet de nombreuses dispositions détaillées : cf., à ce propos, le règlement sur les transports par chemins de fer du 2 octobre 1967 (RS 742.401).

[173] Cf. ordonnance sur les horaires du 2 septembre 1970 (RS 742.151.4).

533.2. *L'obligation de fourniture dans les textes de concession*

533.21. *La distribution de l'eau*

La plupart du temps, le concessionnaire s'engage, envers la commune concédante, à lui fournir l'eau dont elle a besoin, conformément à l'article premier, alinéa 1 de la loi vaudoise du 30 novembre 1964 sur la distribution de l'eau. A la lecture de cette disposition légale, on se rend compte que la distribution de l'eau a été réglée dans le cadre plus général de l'aménagement du territoire ; force nous est donc de faire une brève incursion dans ce domaine.

Du point de vue de la loi vaudoise sur l'aménagement du territoire [174], on distingue les territoires communaux avec plan d'extension et les territoires sans plan d'extension. Les territoires avec plan d'extension sont généralement divisés en zones comprenant notamment des zones d'habitation, d'artisanat et d'industrie [175] : « Les zones destinées à assurer l'extension d'une agglomération doivent se justifier par le développement prévisible de la commune ou de la région pour les dix années à venir. Les voies d'accès, l'adduction d'eau, l'évacuation et l'épuration des eaux usées doivent être prévues et réalisées dans ce délai... » [176] Ainsi, si un bâtiment est édifié à l'intérieur de l'une de ces zones, il doit être obligatoirement approvisionné en eau par la commune ou par le concessionnaire distributeur, lorsque la concession le prévoit expressément. Les territoires sans plan d'extension comprennent le périmètre de la ou des localités et le territoire agricole [177]. Selon l'article 56 quinquies de la loi sur l'aménagement du territoire, « est périmètre de la localité, l'aire délimitée par une ligne entourant à une distance de 50 mètres les bâtiments extérieurs d'une localité, par quoi il faut entendre les villes, villages, hameaux et autres groupements analogues de bâtiments ». L'article premier, alinéa 1, lettre b) de la loi sur la distribution de l'eau, auquel se réfère généralement le texte

---

[174] Loi vaudoise du 5 février 1941 sur les constructions et l'aménagement du territoire ; aujourd'hui (1977), la réglementation est partiellement modifiée par les textes d'application de l'arrêté fédéral du 17 mars 1972 instituant des mesures urgentes en matière d'aménagement du territoire (RS 700) et dont la validité a été prorogée jusqu'au 31 décembre 1979 (*FF* 1976, III, p. 640).

[175] Cf. art. 25 de la loi vaudoise sur les constructions et l'aménagement du territoire du 5 février 1941.

[176] Art. 25 ter de la loi sur les constructions et l'aménagement du territoire du 5 février 1941 ; cf. également art. 5 de la loi fédérale encourageant la construction et l'accession à la propriété de logements (RS 843.0.).

[177] Art. 56 quater II de la loi sur les constructions et l'aménagement du territoire du 5 février 1941.

du concessionnaire, dispose que tout bâtiment situé à l'intérieur du périmètre de la localité sera obligatoirement approvisionné en eau par le distributeur.

Le territoire agricole est constructible dans les limites fixées à l'article 56 sexies de la loi sur l'aménagement du territoire ; ne sont autorisées que les constructions en rapport avec une exploitation agricole (y compris les logements destinés à l'exploitant, à sa famille ou à son personnel) et les constructions et installations d'intérêt public, ou indispensables à un service public. Le distributeur ne sera tenu d'approvisionner ces bâtiments que « . . . lorsque les circonstances concrètes, notamment le nombre, la dimension, la situation, la destination et le degré d'occupation des bâtiments, le justifient » [178]. Les communes et les concessionnaires sont naturellement libres de fournir l'eau dans une mesure plus étendue que celle fixée dans la loi ou la concession ; il faut toutefois que l'exécution de leurs obligations légales ne soit pas mise en danger [179]. La personne qui désire recevoir l'eau doit naturellement manifester sa volonté dans ce sens ; la plupart du temps, il suffit de remplir et de signer une formule adéquate. L'eau est généralement fournie sur la base d'un abonnement accordé aux propriétaires d'immeuble. Une taxe de raccordement unique, fixée au moment du branchement sur le réseau de distribution, est perçue ; son paiement partiel ou total est souvent une condition préalable à la fourniture de l'eau au nouvel abonné. Le fournisseur ne pourra ensuite suspendre la livraison de l'eau « que si le propriétaire viole gravement et de façon répétée ses obligations ou s'il survient un cas de force majeure » [180].

533.22. *La distribution de l'électricité*

Dans les textes de concession que nous avons consultés, le distributeur s'engage généralement à fournir l'énergie électrique à la commune concédante et aux particuliers établis sur son territoire. A cet effet, l'entreprise concessionnaire doit établir et entretenir le réseau nécessaire à la distribution de l'électricité à tous ceux qui en font la demande et sont capables, juridiquement parlant, de contracter un abonnement. Cette obligation ne souffre pas d'exception dans les régions urbaines à forte densité de population ; elle a dû cependant être allégée, pour des motifs de rentabilité, dans les régions où les consommateurs sont disséminés sur une grande surface de territoire. C'est ainsi que certains textes de concession stipulent que l'obligation de fourniture ne s'applique pas aux bâtiments éloignés des agglomérations, qui

---

[178] Art. 1 c de la loi vaudoise sur la distribution de l'eau du 30 novembre 1964.

[179] Art. 1 II de la loi vaudoise sur la distribution de l'eau du 30 novembre 1964.

[180] Art. 17 de la loi vaudoise sur la distribution de l'eau du 30 novembre 1964.

nécessiteraient, pour être approvisionnés, des installations dont le coût serait hors de proportion avec le montant de l'abonnement. Obligation de fournir l'électricité ne signifie nullement que les installations nécessaires à l'alimentation sont exécutées gratuitement. Au contraire, pour toute nouvelle alimentation, une participation aux frais de raccordement et une taxe de raccordement [181] sont demandées au nouvel abonné [182]. De façon générale, le paiement d'un acompte est exigé avec la demande d'abonnement.

533.23. *La distribution du gaz*

Les textes de concession pour la distribution du gaz ne mentionnent généralement pas expressément une obligation de fourniture à la charge du concessionnaire [183]. Ils contiennent cependant une disposition selon laquelle le distributeur concessionnaire s'engage à établir, entretenir et exploiter un réseau de distribution [184]. Le règlement de fourniture édicté par les services industriels de la commune de Lausanne précise à ce propos que toute personne désirant utiliser une installation de gaz doit remplir une formule de demande d'abonnement. Le fait de remplir cette formalité suffit à faire naître l'obligation de fourniture, partout où le concessionnaire dispose des installations nécessaires à la distribution ; il ne peut refuser sa fourniture de gaz que

---

[181] *Le raccordement* est la conduite reliant le point de fourniture au réseau existant ; le point de *fourniture* est la limite entre les installations appartenant au distributeur et celles appartenant à l'abonné.

[182] Dans le canton de Vaud, la totalité des frais de raccordement, y compris les travaux de génie civil, sont à la charge de l'abonné pour les 70 premiers mètres en amont du point de fourniture ; si la longueur du raccordement à l'intérieur de la parcelle propriété de l'abonné excède 70 mètres, le raccordement est à la charge de l'abonné sur toute la longueur comprise à l'intérieur de sa parcelle ; il est perçu également un montant d'un franc par mètre carré de surface du terrain sur lequel l'immeuble sera implanté, à titre de participation au coût du réseau local. Quant à la taxe de raccordement (appelée aussi finance d'équipement), elle est calculée proportionnellement à la puissance mise à disposition de l'abonné. Les frais de raccordement des immeubles situés hors des zones de construction sont entièrement à la charge de l'usager. La participation aux frais de raccordement et la finance d'équipement constituent toutes deux des émoluments : en effet, elles représentent l'équivalent ou une partie d'une dépense occasionnée à l'administration ou au concessionnaire à la suite d'une demande de prestation (fourniture d'eau ou d'énergie) faite par le futur abonné ; dans ce sens, voir RO 95 I 504.

[183] Seule fait exception, parmi les concessions que nous avons consultées, la convention du 29 juin 1963 entre les communes de Vevey, Chardonne, Jongny, Corseaux, Corsier, La Tour-de-Peilz, Montreux et Veytaux et la Compagnie du Gaz et du Coke S. A., Vevey.

[184] Le plan du réseau est quelquefois annexé à la concession.

si l'acceptation d'un nouvel abonné met en danger l'approvisionnement normal des autres consommateurs.

Le branchement sur le réseau principal ne s'effectue en principe pas gratuitement ; la partie de la conduite établie sur terrain privé est à la charge du propriétaire [185] ; le concessionnaire supporte les frais de la prise sur la conduite maîtresse et ceux de la partie d'embranchement qui traverse la voie publique [186].

533.3. *Les limites de l'obligation de contracter*

Quel que soit le service public concédé, le concessionnaire ne peut être tenu de fournir des prestations dépassant, qualitativement ou quantitativement, la capacité de son entreprise. Ainsi, le concessionnaire ne doit effectuer que les transports qu'il peut satisfaire avec les véhicules dont il dispose ordinairement [187] ; l'usager ne peut exiger de l'entreprise qu'elle transporte, si tous les véhicules sont déjà engagés, ni qu'elle acquière du matériel spécial ou supplémentaire. De même, le distributeur ne doit fournir l'eau, le gaz et l'électricité que si la capacité de ses installations le lui permet.

Toutefois, le refus de contracter n'est admissible que si certaines conditions sont remplies. Le Tribunal fédéral a eu l'occasion d'examiner ce problème, dans une affaire Katholisches Jugendsekretariat et consorts contre PTT, direction générale [188] ; bien qu'il se soit agi en l'espèce d'une régie, les mêmes principes nous paraissent pouvoir s'appliquer à un service public concédé. En effet, le fait qu'il y ait concession ou non ne concerne que le mode de gestion du service public ; or, le mode de gestion ne peut en soi influer sur le contenu des droits et des obligations des usagers, lesquels sont identiques, que le service public soit exploité en régie ou fasse l'objet d'une concession en faveur d'un tiers.

Résumons brièvement les faits ; la poste se chargeait, en 1964, de la distribution à quelque quarante-deux mille abonnés du bulletin paroissial catholique édité par un groupement de cinquante-trois paroisses zurichoises ; la taxe prélevée pour cette distribution était d'un quart de centime par exemplaire. Au début de 1965, trois nouvelles paroisses avec 2600 abonnés sup-

[185] Cf. art. 23 du règlement de fourniture du Service du gaz de la commune de Lausanne.

[186] Quant à la nature juridique de la participation financière de l'abonné, elle est identique à celle des prestations financières exigées du nouveau consommateur d'électricité ; voir à ce sujet notre note 182, *in fine*, p. 111.

[187] Cf. art. 7 I LChf, 6 I du règlement concernant les transports par chemins de fer et par bateaux, 25 II de l'ordonnance sur les concessions de transport par automobiles.

[188] RO 92 I 143 = JT 1967 I 25.

plémentaires se sont jointes au groupement. Les PTT ont alors refusé de prendre en charge la distribution aux mêmes conditions ; ils étaient cependant disposés à accepter provisoirement l'acheminement des exemplaires supplémentaires contre une taxe de cinq centimes par journal (tarif des imprimés). Leur recours contre cette décision ayant été rejeté par le directeur des services postaux et par la Direction générale des PTT, le secrétariat de la Jeunesse catholique et le groupement des paroisses ont interjeté un recours de droit administratif au Tribunal fédéral. Notre Haute Cour s'exprime ainsi en ce qui concerne les obligations de la poste envers le public :

« L'article 4, alinéa 1 de la loi sur le service des postes accorde à chacun un droit public propre d'exiger de la poste le transport des envois qu'il lui a confiés, dans la mesure fixée par la loi, l'ordonnance et les dispositions d'exécution. L'obligation qui en résulte pour l'administration des postes s'étend aux envois soumis à la régale, mais aussi aux envois qui n'y sont pas soumis. » Le Tribunal fédéral relève ensuite, qu'en raison du manque de personnel, un certain nombre d'envois non soumis à la régale ont été exclus du transport par la poste [189] ; des directives ont été rédigées à ce propos par l'administration des postes : elles tendent à exclure toute prestation supplémentaire en ce qui concerne les envois non soumis à la régale. « C'est la raison pour laquelle l'administration postale n'a pris en charge la distribution des bulletins paroissiaux qu'à titre provisoire et contre paiement de la taxe des imprimés. Il n'y a pas lieu d'examiner en l'occurrence si la poste a établi qu'elle n'était pas en mesure de faire face à de nouvelles obligations. Elle devrait pour cela apporter pour le moins la preuve que, nonobstant la mise en œuvre de toutes les ressources et de tous les moyens qui sont à sa disposition, elle n'est plus en mesure de remplir entièrement les tâches qui lui sont confiées par la loi. »

Le Bundesverfassungsgericht allemand s'est également prononcé sur le principe du libre accès des administrés aux prestations d'un service public [190] : le *numerus clausus* dans les universités. Le Tribunal allemand a certes examiné le problème *sur le plan des droits constitutionnels du citoyen ;* en effet, la constitution allemande, à son article 12, alinéa 1, garantit à chaque ressortissant allemand le libre choix du lieu de ses études [191]. Ce droit de libre choix, mis en rapport avec les principes d'égalité devant la loi et d'égalité d'accès aux prestations de l'Etat social, implique le droit pour chaque Allemand d'être admis dans une université ; se posait alors la question de la constitutionnalité de la limitation du nombre des étudiants admis à s'inscrire aux cours de certaines facultés. On pourrait dès lors nous objecter qu'il n'est pas

---

[189] Art. 15 III et 19 III LSP.

[190] Cf. *Die Öffentliche Verwaltung,* 1972, p. 606.

[191] « Alle Deutschen haben das Recht Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen. »

possible de placer l'arrêt Katholisches Jugendsekretariat sur le même plan que la décision du Bundesverfassungsgericht ; en effet, le Tribunal fédéral n'a pas encore admis, excepté dans le cadre de l'article 4 de la Constitution fédérale, de droits constitutionnels à l'utilisation d'un service public, en dehors de sa réglementation [192]. Toutefois, le lecteur se rendra compte que les conclusions auxquelles le Tribunal allemand aboutit et qui ont trait aux limites du droit d'accès au service public sont semblables à celles du Tribunal fédéral, même si elles ont un fondement juridique différent. Dans ces conditions, nous pensons pouvoir comparer les solutions du Bundesverfassungsgericht allemand et celles du Tribunal fédéral. La Haute Cour allemande a admis tout d'abord que le libre accès de chacun à l'université pouvait être limité sur la base d'une loi. Cependant, les limitations au droit d'accès ne sont admissibles que si elles sont impérativement nécessaires et justifiées ; les restrictions ne sont considérées comme telles que si les moyens existants [193] à disposition de l'université sont déjà totalement utilisés et qu'il n'est plus possible d'admettre l'inscription de nouveaux étudiants sans mettre en danger le fonctionnement même de l'institution. Les mesures de limitation du droit d'accès à l'université sont donc considérées comme *ultima ratio ;* toutes les autres mesures possibles et imaginables, par exemple la réforme des études, doivent préalablement avoir été prises sans succès. Le Bundesverfassungsgericht allemand et le Tribunal fédéral posent donc les mêmes exigences ; pour que le principe du libre accès puisse être limité, le service public doit prouver que, malgré la mise en œuvre de tous les moyens existants à sa disposition, il n'est pas en mesure de donner suite à une demande de prestations qui lui est présentée par un ou plusieurs administrés, sans risquer de perturber son fonctionnement normal ; l'intérêt public à un fonctionnement normal du service public doit l'emporter sur l'intérêt particulier des individus dont il n'est pas possible de satisfaire la demande [194].

La capacité maximale du service public doit naturellement être déterminée selon des normes qui diffèrent d'un service public à l'autre ; s'agissant d'une université, les nécessités didactiques, les impératifs de la recherche, la

---

[192] RO 92 I 503 = JT 1968 I 122 (rés.) ; toutefois, dans un arrêt récent (RO 101 I a 473) le TF a admis, contrairement à sa jurisprudence antérieure, qu'un administré « qui fait un usage commun accru du domaine public aux fins d'exercer une activité lucrative professionnelle peut invoquer la liberté du commerce et de l'industrie, dans la mesure où le but du domaine public le permet ». Peut-être est-ce là l'amorce d'un revirement de jurisprudence.

[193] Le Bundesverfassungsgericht allemand a admis qu'il n'existait pas de droit de l'administré envers l'Etat à l'augmentation, dans un délai déterminé, de la capacité (au sens quantitatif) d'admission des universités.

[194] Voir également à ce sujet : Sieghart Ott, « Verfassungswidriger numerus clausus », *Öffentliche Verwaltung,* 1971, p. 302.

capacité d'enseigner du personnel et le mode d'organisation de l'école sont déterminants. Selon le Bundesverfassungsgericht allemand [195], il appartient au législateur de déterminer les hypothèses devant être réalisées objectivement pour que des limitations au droit de libre accès puissent être admises ; seul le règlement des cas d'espèce peut être laissé aux autorités d'exécution.

Une fois déterminée la capacité [196] du service public considéré, il reste naturellement à fixer les critères qui permettent de départager ceux qui pourront être admis à accéder au service public de ceux qui n'y auront pas accès.

Dans l'arrêt que nous avons cité, le Bundesverfassungsgericht exige que le choix des candidats résulte de l'application de critères objectivement justifiés et ménageant à chacun une chance égale d'être admis à l'université. Ont été notamment considérés comme admissibles par le Bundesverfassungsgericht les critères suivants :

— *le Jahrgangsprinzip,* selon lequel doivent être préférés aux nouveaux candidats les étudiants qui attendent depuis un certain temps déjà d'être immatriculés ;

— le principe de la réservation d'un certain nombre de places pour les étudiants étrangers ou pour les jeunes gens qui se trouvent dans une situation particulière (candidats aux ressources financières limitées, jeunes hommes tenus d'accomplir une période de service militaire, etc.) ;

— *le Leistungsprinzip,* selon lequel le candidat doit faire preuve de certaines aptitudes pour pouvoir être admis à fréquenter les cours de l'université.

En revanche, le Bundesverfassungsgericht a déclaré inconstitutionnelle [197] une règle prévue dans la loi bavaroise [198] sur l'admission à l'université disposant que les candidats domiciliés en Bavière et possédant un certificat d'études préparatoires du lieu ou d'un Land voisin devaient être admis préférentiellement, même si toutes les places disponibles étaient déjà occupées ; cette norme légale créait en effet une inégalité supplémentaire à celle qui découlait déjà de l'existence du *numerus clausus.* Les mesures restreignant l'accès au service public ne sont donc admissibles que dans la mesure où elles atteignent tous les administrés, de la même manière et dans la même mesure, dans leurs droits ; il est en effet inadmissible de créer une nouvelle inégalité en favorisant sans motifs une catégorie d'administrés par rapport à une autre. Le Tribunal fédéral s'est exprimé dans le même sens dans l'arrêt PTT contre

---

[195] Cf. *Die Öffentliche Verwaltung,* 1972, p. 609.

[196] Au sens quantitatif du terme.

[197] Cette règle est en effet contraire à l'article 12 I de la Constitution fédérale allemande.

[198] Cf. art. 3 II de la Bayerisches Zulassungsgesetz du 8 juillet 1970.

Katholisches Jugendsekretariat [199] : « En décidant de ne plus se charger, à l'avenir, de la distribution durable de nouvelles publications, la poste prend une mesure qui favorise, d'une manière que rien ne justifie objectivement, les éditeurs qui bénéficient déjà des services postaux par rapport à ceux qui — répondant en partie aux vœux exprimés par la poste — ont fait appel à des particuliers. A la longue, une telle mesure ne serait soutenable — sous réserve des considérations émises sous considérant 4 [200] — que si elle excluait de façon objectivement défendable et ensemble tous les usagers qui exigent de la poste des prestations analogues ou identiques. La violation de l'égalité de traitement apparaît en l'occurrence particulièrement choquante, du fait que, depuis longtemps, la poste assume la distribution d'envois contre le paiement d'une taxe qui ne couvre pas les frais occasionnés, alors que les éditeurs qui n'ont pas fait appel aux services postaux doivent supporter eux-mêmes toutes les augmentations de salaire des distributeurs. En outre, selon les directives litigieuses, la Direction d'arrondissement doit examiner dans chaque cas particulier si et dans quelle mesure il peut être donné suite aux demandes émanant d'éditeurs de journaux régionaux. De ce fait, le cercle des personnes touchées par la réglementation de faveur sera considérablement restreint, sans que l'on puisse savoir qui pourra profiter des services postaux et à quelles conditions : la libre appréciation des directions d'arrondissement se substituera à la prétention légale qui découle de l'article 4, alinéa 1 de la loi sur le service des postes. » Selon le Tribunal fédéral, tout comme pour le Bundesverfassungsgericht, les restrictions au libre accès à un service public doivent reposer sur une base légale définissant des critères objectifs ; cette exigence nous paraît être le seul moyen d'assurer à tous les administrés l'égalité de traitement.

La capacité financière du service public est également importante pour déterminer les limites de l'obligation de contracter. Le Tribunal fédéral, dans un arrêt assez ancien [201], a eu l'occasion d'examiner ce problème. Les faits étaient les suivants : Dame Droz avait acheté, dans le cadre d'une faillite, une maison située au Locle. Elle s'était vue refuser la livraison du courant électrique tant qu'elle n'aurait pas acquitté au préalable une facture dont les services industriels locaux n'avaient pu obtenir le paiement dans la faillite de l'ancien propriétaire. Le Conseil d'Etat, statuant sur recours, a invité la

---

[199] RO 92 I 143 = JT 1967 I 30.

[200] Dans le considérant 4, le Tribunal fédéral doute — sans toutefois résoudre la question — que la poste puisse restreindre le contenu et l'étendue de ses obligations par de simples ordonnances administratives, surtout — et c'était le cas en l'espèce — lorsque les directives émises tendaient à introduire une réglementation durable, destinée à compléter la loi.

[201] RO 42 I 184.

commune du Locle à donner suite à la demande d'abonnement présentée par Dame Droz ; la commune a interjeté un recours de droit public au Tribunal fédéral contre la décision du Conseil d'Etat. Notre Haute Cour, après avoir admis qu'une commune qui entreprend la production et la distribution de l'électricité assume un service public, ce qui implique notamment le devoir de permettre aux administrés de se procurer auprès d'elle l'énergie dont ils ont besoin et qu'elle est seule en mesure de leur fournir, s'exprime ainsi :

« La recourante objecte que, si elle était obligée de faire droit à n'importe quelle demande d'abonnement, elle devrait étendre son réseau d'une façon désastreuse pour ses finances et qu'elle ne saurait comment procurer l'énergie nécessaire. Mais le Conseil d'Etat n'a évidemment pas entendu lui imposer une obligation disproportionnée à ses forces ; sa décision, dans le cas particulier, ne préjuge nullement celle qu'il pourrait être appelé à rendre le jour où la commune aurait des motifs sérieux pour elle ; il s'est borné à constater qu'en l'espèce, elle n'a aucune raison valable pour priver Dame Droz des avantages du service public dont elle s'est chargée... » Il nous paraît essentiel de retenir deux choses de cet extrait des considérants du Tribunal fédéral : la première, qu'on ne peut obliger un service public (concédé ou non) à étendre, qualitativement ou quantitativement, ses prestations dans une mesure disproportionnée à ses ressources financières. La deuxième, que le service public, pour être légitimé à refuser ses prestations, doit avoir des motifs sérieux, en ce sens qu'il ne saurait invoquer des motifs pécuniaires (fiscaux) ; en revanche, des raisons tirées de la nécessité d'une gestion rationnelle du service public doivent être admises. C'est ainsi que le Tribunal fédéral, dans un arrêt plus récent [202], déclare : « Selon l'article 116, alinéa 1 de la loi bernoise sur l'utilisation des eaux [203], les propriétaires d'une installation publique d'alimentation en eau ont l'obligation de fournir l'eau à des tiers, suivant la quantité disponible. Cette disposition doit être interprétée dans ce sens qu'une commune, en tant que propriétaire d'un tel service, doit autoriser tout raccordement lorsqu'il n'est pas prouvé que de nouveaux raccordements mettraient en péril l'alimentation en eau des usagers déjà raccordés. » Par conséquent, le service public pourra refuser la fourniture à un usager, remplissant par ailleurs les conditions d'accès, s'il prouve que la nouvelle demande de prestations met en danger la satisfaction des besoins remplis par le réseau de distribution et qu'il est par conséquent dans l'incapacité matérielle d'offrir des prestations supplémentaires [204] ; il importe en effet de ne pas perdre de vue qu'un réseau de distribution est construit pour satisfaire

---

[202] RO 99 I a 60 = JT 1975 I 9.

[203] Loi bernoise du 3 décembre 1950 sur l'utilisation des eaux.

[204] Dans le même sens : RO 92 I 503 = JT 1968 I 122 (rés.) et une décision du Tribunal administratif bernois, dans *MBVR* 1974, p. 104.

aux besoins existants et prévisibles d'une région déterminée ; s'agissant d'une évaluation, il se peut naturellement que les prévisions soient dépassées plus rapidement que souhaité et qu'on ne puisse, pour des motifs financiers notamment, procéder à l'extension du réseau nécessitée par l'augmentation des besoins.

Pour résumer, nous rappellerons que le concessionnaire de service public est tenu, en principe, de fournir ses prestations à toute personne qui en fait la demande et qui satisfait aux conditions d'utilisation ; toutefois, le droit d'accès au service public peut être restreint lorsque le concessionnaire prouve que, malgré la mise en œuvre de tous les moyens en matériel et en personnel dont il dispose à un moment donné, il n'est pas en mesure d'accepter un nouvel usager, sans mettre en danger l'ensemble du fonctionnement du service. Cependant, les limitations du libre accès au service public ne doivent pas aboutir à une violation de l'égalité de traitement ; elles doivent atteindre les usagers se trouvant dans une situation identique dans la même mesure et reposer sur une base légale.

54. **L'obligation d'adapter le service public**

Cette obligation découle surtout du caractère de service public revêtu par l'activité dont il s'agit, et aussi du principe de libre accès et d'égalité des administrés. L'exploitation du service public doit, en effet, être adaptée, de manière à pouvoir répondre aux demandes de prestations présentées par les usagers satisfaisant aux conditions d'utilisation. L'adaptation ne peut naturellement être réalisée instantanément dans la majorité des cas ; c'est ce qui explique que le concessionnaire peut être fondé dans certaines circonstances (cf. le paragraphe précédent) à refuser légitimement de fournir toute nouvelle prestation.

541. *L'obligation d'adapter le service public dans les textes légaux*

De nombreux textes légaux font allusion à l'obligation d'adaptation, sans toutefois la mentionner expressément ; ainsi, l'article 12, alinéa 1 de l'ordonnance du 4 janvier 1960 sur les concessions de transport par automobiles prévoit que « lorsque d'importants intérêts publics le justifient, la concession peut être adaptée en conséquence pendant la durée de sa validité. L'intérêt public est important, notamment lorsqu'il s'agit de satisfaire, de la manière la plus appropriée, les besoins du trafic. » En matière de navigation intérieure,

l'ordonnance du 9 août 1972 dispose, à son article 41, que « l'exploitation doit répondre aux exigences d'un service public ». En ce qui concerne les chemins de fer, nous relevons le texte suivant : « Le Conseil fédéral peut (. . .) modifier ou compléter en vue de les adapter à un changement de circonstances, les dispositions de la concession qui concernent le siège de l'entreprise, la construction et l'exploitation, l'étendue de l'obligation de transporter, les taxes et les classes de voitures. » [205] L'exigence d'adaptation ne se limite pas à une notion quantitative ; nombreuses sont les lois [206] prévoyant que le matériel roulant doit être construit, entretenu et renouvelé conformément aux exigences du trafic et aux progrès de la technique. Le législateur veut assurer ainsi la sécurité en général et la qualité des prestations fournies aux usagers. On recherche également la rationalisation de l'exploitation du service pour qu'il remplisse, le mieux possible, ses tâches d'intérêt public.

L'obligation d'adapter le réseau de distribution découle, pour les communes, de l'article premier, alinéa 1, de la loi vaudoise sur la distribution de l'eau ; il suffit en effet qu'une commune modifie son plan d'extension ou autorise des constructions à l'intérieur du périmètre de la localité ou d'une zone agricole [207], pour qu'elle doive adapter, dans la mesure nécessaire, son réseau d'approvisionnement. La même obligation n'est à la charge du concessionnaire que si le texte de la concession le prévoit expressément ; c'est d'ailleurs généralement le cas. Les distributeurs de gaz sont tenus également de procéder aux extensions nécessaires, conformément aux dispositions vaudoises relatives à l'obligation d'amener le gaz dans les immeubles [208].

En ce qui concerne la distribution de l'électricité, on cherche en vain, dans la législation vaudoise, une disposition légale imposant au concessionnaire une obligation d'adapter.

542. *L'obligation d'adapter le service public dans les textes de concession*

L'obligation d'adaptation se retrouve expressément dans les concessions de chemins de fer qui prévoient, de manière uniforme, que « les courses et les horaires répondront aux besoins ». De semblables dispositions figurent

---

[205] Art. 5 IV LChf.

[206] Art. 17 LChf, 29 de l'ordonnance concernant la navigation soumise à concession et à autorisation ; art. 36, 37 de l'ordonnance sur les concessions de transport par automobiles.

[207] Cf. les conditions posées par l'art. 1 c de la loi sur la distribution de l'eau ; cf. ch. 533.21.

[208] Cf. art. 42 ter du règlement d'application du 10 mars 1944 de la loi vaudoise sur les constructions et l'aménagement du territoire du 5 février 1941.

également, en des termes quasi identiques, dans les concessions octroyées aux entreprises de funiculaires [209], de trolleybus [210] et de navigation [211]. Les horaires étant, en règle générale, établis pour une durée de deux ans [212], c'est lors de leur revision que l'exploitation de l'entreprise de transports sera, dans la majorité des cas, adaptée aux besoins.

Ni les concessions de navigation aérienne accordées à la Swissair et à l'ALAG, ni les concessions d'exploitation d'aéroports, ne contiennent de clause sur l'obligation d'adapter.

Parmi les textes consultés, nous n'avons trouvé qu'une concession de distribution d'électricité mentionnant en termes exprès l'obligation d'adaptation incombant au concessionnaire : « L'entreprise s'engage à entretenir et à *développer* ses installations suivant les progrès de la technique et *à effectuer à temps les renforcements nécessités par le développement de la consommation d'énergie électrique...* » [213] Quant aux concessions de distribution d'eau et de gaz, elles se réfèrent généralement aux dispositions légales en vigueur [214]. Il est cependant évident que, même en l'absence de dispositions légales expresses, le concessionnaire distributeur d'eau, de gaz et d'électricité est tenu d'adapter, voire d'étendre son réseau, dans la mesure nécessaire pour satisfaire à son obligation de fourniture [215].

L'obligation d'adapter à la charge du concessionnaire ne saurait être absolue ; nous allons voir ci-après quelles en sont les limites.

543. *Les limites à l'obligation d'adapter le service public*

Pour pouvoir être imposée au concessionnaire, l'adaptation du service public doit être justifiée ; il nous faut donc examiner quels peuvent en être les motifs.

---

[209] Cf. art. 11 de la concession du funiculaire Cossonay-Gare - Cossonay-Ville, RT 1971, p. 243 ; art. 7 de la concession du funiculaire Ecluse-Plan, RT 1966, p. 398 ; art. 6 de la concession du funiculaire Territet-Glion, RT 1967, p. 298.

[210] Cf. art. 11 de la concession de la CGTE, RT 1962, p. 176 ; art. 10 de la concessions des Transports en commun de la Ville de Fribourg, RT 1968, p. 411 ; art. 11 de la concession des Transports publics de la région lausannoise, RT 1964, p. 277.

[211] Art. 8 de la concession pour la navigation sur le lac de Silvaplana, RT 1971, p. 312 ; art. 8 de la concession pour la navigation sur le lac de Lugano, RT 1972, p. 402.

[212] Cf. art. 3 I de l'ordonnance sur les horaires du 2 septembre 1970.

[213] Convention entre les communes de Corseaux, Corsier, La Tour-de-Peilz, Montreux, Vevey, Veytaux et la Société Electrique Vevey-Montreux S. A. et la Société Romande d'Electricité du 15 octobre 1954 à son art. 2 II.

[214] Cf. ch. 541.

[215] Cf. ch. 533.2.

Le fondement de cette obligation réside dans le caractère de service public de l'activité concédée ; l'octroi d'une concession ne doit cependant pas aboutir à figer l'exploitation du service public telle qu'elle était envisagée à l'origine ; elle doit par conséquent pouvoir être adaptée lorsqu'un intérêt public important l'exige. L'article 12, alinéa 1 de l'ordonnance sur les concessions de transport par automobiles précise à ce propos que « l'intérêt public est important lorsqu'il s'agit de satisfaire, de la manière la mieux appropriée, les besoins du trafic » [216]. La première limite de l'obligation d'adapter réside ainsi dans l'existence d'un intérêt public important, qui consiste essentiellement dans la satisfaction mieux appropriée des besoins des usagers.

L'autorité concédante, en exigeant l'adaptation de l'exploitation du service public, ne saurait porter atteinte aux droits acquis du concessionnaire ; la concession crée en effet entre l'autorité concédante et le concessionnaire un ensemble de droits et d'obligations [217]. « Par l'effet de la concession, le concessionnaire possède un droit légitimement acquis d'exercer, *dans les limites et conditions prévues*, l'activité réservée en principe à l'Etat. Ce droit n'est pas opposable seulement, en tant que droit subjectif public, à l'Etat concédant, il l'est aussi aux tiers et notamment aux concurrents. » [218] Les droits acquis du concessionnaire découlent de la loi et de la concession, plus particulièrement des dispositions contractuelles de celle-ci [219] ; il faut encore y ajouter les droits découlant des clauses que le concessionnaire avait considéré, au moment de l'octroi de la concession, comme obligatoires et qui l'ont déterminé à accepter [220]. En droit français, entre également dans la catégorie des droits acquis, le droit à l'équilibre financier de la concession [221] ; l'autorité concédante ne saurait imposer au concessionnaire des obligations disproportionnées à ses moyens financiers [222]. En résumé, nous dirons que, pour être admissible, l'exigence d'adaptation doit se justifier par un intérêt public important et ne doit pas porter atteinte aux droits acquis du concessionnaire et, plus particulièrement, au droit à l'équilibre financier de la concession.

---

[216] D'autres textes légaux contiennent des dispositions analogues ; cf. art. 5 IV LChf, 41 de l'ordonnance concernant la navigation soumise à concession et à autorisation, art. 12 I de l'ordonnance sur les concessions de transport par automobiles ; voir également, DE LAUBADÈRE, I, p. 315 ; DUEZ et DEBEYRE, p. 557.

[217] RO 93 I 228 = JT 1967 I 117 (rés.).

[218] RO 75 II 213.

[219] Cf. notre ch. 3.

[220] GRISEL, p. 148 ; RO 65 I 302 = JT 1940 I 61.

[221] DUEZ et DEBEYRE, p. 556.

[222] Cf. ch. 6 où nous examinons si un droit à l'équilibre financier existe en droit suisse.

55. Les obligations pécuniaires

551. *L'obligation de payer des taxes de concession*

Dans le domaine des transports, le concessionnaire est tenu, lors de l'octroi, du renouvellement, de l'extension, du transfert et de la modification de la concession, de payer les frais résultant des prestations effectuées par l'autorité concédante en sa faveur [223]. Ces frais sont perçus sous la forme de taxes ou, plus exactement, d'émoluments administratifs ; en effet, il s'agit bien pour le concessionnaire de payer une certaine somme, fixée par une norme de droit public et imposée à lui unilatéralement, qui constitue l'équivalent d'une dépense publique à la suite d'une prestation sollicitée par lui et fournie par l'administration.

L'existence d'une base légale est indispensable pour que l'administration puisse prélever des émoluments administratifs [224] et, en particulier, des taxes lors de l'octroi, du renouvellement ou de la modification d'une concession [225]. Par ailleurs, dans un Etat fondé sur le droit, leur montant ne peut dépendre d'une décision prise de cas en cas ; un barème doit, par conséquent, être établi, par exemple dans un règlement. De plus, « la quotité d'une taxe doit être directement en rapport avec l'avantage tiré par le redevable. Dès lors, les taxes ne peuvent être imposées qu'aux administrés qui bénéficient des avantages ou prestations ou qui ont suscité des dépenses dont la taxe est la contrepartie ; d'autre part, leur importance doit être fixée proportionnellement à ces avantages, prestations ou dépenses » [226].

Dans le domaine des services industriels, il appartient à la législation cantonale de déterminer si un émolument est perçu lors de l'octroi, du renouvellement et de la modification d'une concession de distribution d'eau, de

---

[223] Cf.

— art. 23, 24 du règlement des taxes perçues en application de la loi sur la navigation aérienne, du 8 mars 1976 (RS 1976, I, p. 668 ss) ;

— art. 2 du règlement sur les émoluments perçus en application de la loi sur les chemins de fer, du 21 novembre 1958 ; ce règlement s'applique également aux entreprises de trolleybus et de navigation (RS 742.126) ;

— art. 2 a du règlement sur les émoluments perçus en application de l'ordonnance sur les concessions de transport par automobiles, du 16 février 1972 (RS 744.111.).

[224] RO 95 I 243 = JT 1970 I 361.

[225] Seuls les simples émoluments de *chancellerie* peuvent être prélevés sans base légale ; ils sont constitués par des contributions perçues pour rémunérer des actes de l'administration qui n'exigent pas un examen ou un contrôle particulier ; leur montant est donc modeste. Si l'acte implique un examen approfondi, du point de vue technique, juridique ou autre (c'est le cas lors de l'octroi d'une concession, par exemple), la rémunération perçue n'a pas le caractère d'un émolument de chancellerie.

[226] RO 95 I 506, 507 ; RO 99 I a 539, 540.

gaz et d'électricité. Dans le canton de Vaud, il n'en est généralement pas perçu.

En matière de transport par chemins de fer, trolleybus et bateaux, la base de calcul de l'émolument dû par le concessionnaire pour l'octroi, le renouvellement et l'extension d'une concession est double ; il se compose en effet d'une taxe de base [227] et d'une taxe supplémentaire [228] calculée selon le nombre de kilomètres de lignes assujettis à la concession [229]. En revanche, il n'est pas perçu de surtaxe kilométrique lors du transfert de la concession et de sa modification, ni lors de la prolongation d'un délai prévu par elle. La taxe de base n'est pas fixe ; son montant est déterminé proportionnellement [230] à la durée de la concession ou de son renouvellement [231]. Quant à l'émolument de base à payer pour l'extension, le transfert ou la modification d'une concession, il est calculé sans égard à la durée [232].

Dans le domaine des transports par automobiles [233], l'émolument perçu pour l'octroi, le renouvellement ou la modification (par exemple, extension de ligne) d'une concession I se compose également d'une taxe de base [234] et d'une surtaxe kilométrique [235]. Quant à la taxe perçue pour le transfert, la

---

[227] Cette taxe de base est, pour l'octroi d'une concession, de *4000 francs* pour un chemin de fer, de *2400 francs* pour une entreprise de trolleybus et de *1600 francs* pour les entreprises de navigation ; cf. à ce sujet, annexe I au règlement sur les émoluments perçus en application de la loi sur les chemins de fer.

[228] Lors de l'octroi d'une concession, elle est de *200 francs* par kilomètre de voie ferrée, de *120 francs* par kilomètre de ligne exploité par une entreprise de trolleybus et de *80 francs* par kilomètre de ligne desservi par une entreprise de navigation.

[229] Art. 3 I du règlement du 21 novembre 1958 sur les émoluments perçus en application de la loi sur les chemins de fer.

[230] La taxe de base est due dans son entier, lorsque la concession est octroyée ou renouvelée pour cinquante ans et plus pour un chemin de fer, pour trente ans pour une entreprise de trolleybus et pour vingt ans pour une entreprise de navigation ; cf. art. 4 I du règlement sur les émoluments perçus en application de la loi sur les chemins de fer.

[231] Art. 5 I, II du règlement sur les émoluments perçus en application de la loi sur les chemins de fer.

[232] Art. 4 II du règlement sur les émoluments perçus en application de la loi sur les chemins de fer.

[233] Cf. art. 3 I du règlement du 16 février 1972 sur les émoluments perçus en application de l'ordonnance sur les concessions en matière de transport par automobiles.

[234] La taxe de base est perçue proportionnellement à la durée de validité de la concession. Pour le montant de cette taxe, cf. art. 7 du règlement sur les émoluments perçus en application de l'ordonnance sur les concessions en matière de transport par automobiles.

[235] La surtaxe kilométrique est calculée d'après la longueur de la ligne : cf. art. 3 II du règlement sur les émoluments perçus en application de l'ordonnance sur les concessions en matière de transport par automobiles. Pour le montant de cette taxe, cf. art. 7 du même règlement.

modification (sans extension de ligne) et l'approbation des contrats d'exploitation, elle est fixe et ne comporte pas de surtaxe kilométrique [236]. En matière de navigation aérienne, la taxe perçue pour l'octroi d'une concession pour le transport professionnel de biens et de personnes sur des lignes de navigation exploitées régulièrement [237] se compose d'un émolument de base [238] et d'une surtaxe calculée proportionnellement au poids maximum des aéronefs en service [239] ; en revanche, l'émolument pour la modification ou la prolongation de la concession ne consiste qu'en une somme déterminée d'avance. En ce qui concerne les concessions pour la construction et l'exploitation d'aéroports, des taxes sont perçues lors de leur octroi, de leur modification ou de leur prolongation [240].

Tous les émoluments dus par le concessionnaire sont payables d'avance [241] ; ils sont remboursables en tout ou partie si la demande du requérant est refusée ou lorsque la concession n'est pas accordée pour toute la durée demandée [242]. Dans les cas exceptionnels, une exemption totale ou partielle du paiement d'une taxe peut être accordée [243]. En cas d'inobservation du dernier délai de paiement, la demande déposée par le requérant est considérée comme caduque et sans objet [244].

---

[236] Art. 8 du règlement cité à la note 233 ci-dessus.

[237] L'octroi d'une concession à une entreprise étrangère est gratuit, à condition que l'Etat dont elle dépend accorde la réciprocité aux compagnies suisses.

[238] La taxe est différente selon qu'il s'agit d'une concession générale d'exploitation ou d'une concession pour l'exploitation d'une ligne déterminée.

[239] Art. 23 du règlement des taxes perçues en application de la loi sur la navigation aérienne (RS 1976, I, p. 668 ss).

[240] Art. 24 du règlement cité à la note 239 ci-dessus.

[241] Cf. art. 5 I du règlement sur les taxes perçues en application de l'ordonnance sur les concessions en matière de transport par automobiles, 6 I du règlement des taxes perçues en application de la loi sur la navigation aérienne, 8 du règlement sur les émoluments perçus en application de la loi sur les chemins de fer.

[242] Cf. art. 6 du règlement sur les émoluments perçus en application de l'ordonnance sur les concessions de transport par automobiles, 6 du règlement sur les émoluments perçus en application de la loi sur les chemins de fer. Le règlement sur les taxes perçues en application de la loi sur la navigation aérienne ne prévoit pas de remboursement, même partiel.

[243] Cf. art. 4 du règlement sur les émoluments perçus en application de la loi sur les chemins de fer, 5 IV du règlement sur les taxes perçues en application de l'ordonnance sur les concessions en matière de transport par automobiles, et 1 IV du règlement sur les taxes perçues en application de la loi sur la navigation aérienne.

[244] Cf. art. 5 III du règlement sur les émoluments perçus en application de l'ordonnance sur les concessions en matière de transport par automobiles, et 8 II du règlement sur les émoluments perçus en application de la loi sur les chemins de fer.

552. *L'obligation de payer des émoluments pour les prestations de l'autorité concédante*

En plus des taxes qu'il doit acquitter lors de l'octroi, du renouvellement, de la modification et du transfert de la concession, le concessionnaire peut être tenu de payer des émoluments pour les prestations fournies par l'autorité de surveillance dans l'exercice de ses fonctions. Ainsi, le titulaire d'une concession pour l'exploitation d'un chemin de fer, d'une entreprise de trolleybus ou de navigation doit acquitter un émolument pour l'approbation des plans relatifs à ses installations et à ses véhicules, pour l'inspection et l'essai de ses installations et véhicules, pour les décisions concernant le droit d'installer des services accessoires et celles touchant à la séparation des biens des caisses de secours du personnel [245], pour l'établissement de rapports et d'avis dans le cadre de la législation fédérale sur les entreprises concessionnaires de transport, pour la prolongation de délais et, enfin, pour la fixation de délais pour l'exécution des obligations imposées aux entreprises concessionnaires et aux tiers par la loi ou la concession [246]. Ces taxes sont fixées, dans les limites prescrites par le texte y relatif, en fonction de la somme de travail nécessitée par chaque affaire [247]. Sont mis à la charge des concessionnaires de transport par automobiles et par aéronefs des émoluments relatifs aux contrôles techniques des véhicules affectés aux services concédés [248] ; leur quotité est tantôt fixée d'avance [249], tantôt proportionnelle au temps employé [250].

Si un acte de l'administration occasionne, par exemple lorsque des prestations spéciales sont effectuées, des frais élevés ou extraordinaires, ceux-ci peuvent être mis à la charge du requérant [251], en sus des taxes ordinaires.

---

[245] La loi fédérale sur les chemins de fer prévoit en effet, à son art. 82, que la fortune et la gestion des caisses de secours en faveur du personnel, créées en vertu d'une disposition de la concession, doivent être séparées de celles de l'entreprise.

[246] Art. 10 I du règlement sur les émoluments perçus en application de la loi sur les chemins de fer.

[247] Art. 12 I du règlement cité à la note 245 ci-dessus.

[248] Cf. art. 11 à 14 du règlement des taxes perçues en application de la loi sur la navigation aérienne et 12 du règlement sur les émoluments perçus en application de l'ordonnance sur les concessions en matière de transport par automobiles.

[249] Par exemple, art. 12 du règlement sur les émoluments perçus en application de l'ordonnance sur les concessions en matière de transport par automobiles.

[250] Art. 11 III du règlement sur les taxes perçues en application de la loi sur la navigation aérienne ; les taxes ne peuvent toutefois dépasser un maximum fixé dans le règlement.

[251] Art. 13 bis du règlement sur les émoluments perçus en application de la loi sur les chemins de fer, 13 du règlement sur les émoluments perçus en application de l'ordonnance sur les concessions en matière de transport par automobiles, et 4 du règlement sur les taxes perçues en application de la loi sur la navigation aérienne.

S'agissant de concessions fédérales, les décisions relatives aux émoluments dus par le concessionnaire sont susceptibles d'un recours de droit administratif au Tribunal fédéral [252] ; quant aux décisions concernant les taxes dues en vertu d'une concession cantonale, elles peuvent être attaquées devant les autorités compétentes selon le droit cantonal [253].

553. *Les redevances dues par le concessionnaire*

Aucune redevance n'est perçue par la Confédération des concessionnaires de chemins de fer, de transport par automobiles, par bateaux et par aéronefs. De même, dans le canton de Vaud, le distributeur d'eau au bénéfice d'une concession communale n'acquitte pas, de façon générale, de taxe pour l'utilisation du domaine public, bien que la loi ait prévu la faculté d'en percevoir une [254] ; en effet, toutes les concessions que nous avons consultées prévoient la gratuité. En revanche, il en va différemment pour la distribution du gaz et de l'électricité.

553.1. *Les redevances dues par le distributeur d'électricité concessionnaire*

En vertu de l'article 72 du règlement vaudois du 17 juillet 1953 d'application de la loi sur l'utilisation des lacs et des cours d'eau dépendant du domaine public, le titulaire d'une concession de forces hydrauliques de l'Etat doit verser aux communes dont il dessert directement les abonnés une « ristourne » annuelle [255]. Cette « ristourne » est une taxe, perçue périodiquement, et dont l'équivalent est la cession au redevable du droit d'exploiter le service public et d'utiliser pour ce faire le domaine public ; elle est calculée pro-

---

[252] Art. 98 b OJF.

[253] Dans le canton de Vaud, la dernière instance est le Conseil d'Etat.

[254] Art. 7 III de la loi sur la distribution de l'eau.

[255] L'obligation de verser une « ristourne » ne peut résulter de l'art. 72 du règlement d'application de la loi vaudoise sur l'utilisation des lacs et cours d'eau que pour les concessionnaires distributeurs titulaires également d'une concession de forces hydrauliques pour la production d'énergie électrique. L'obligation pour le concessionnaire distributeur non titulaire d'une concession de forces hydrauliques vaudoises, mais qui revend l'électricité produite par lui dans un autre canton ou qu'il achète à un producteur, de verser des redevances aux communes dont il dessert directement les habitants ne peut donc résulter que d'une disposition expresse de la concession communale de distribution.

portionnellement aux recettes brutes réalisées par la vente de l'énergie [256] d'une part, et à la longueur des lignes à basse tension [257] nécessaires à la distribution du courant électrique sur le territoire de la commune, d'autre part. Les concessions de distribution d'énergie électrique doivent d'ailleurs obligatoirement contenir une disposition relative à la ristourne [258], lorsque le concessionnaire est titulaire également d'une concession de forces hydrauliques pour la production d'électricité. Quant au taux de la « ristourne », il est proportionnel à la recette brute réalisée par le distributeur (déductions faites) [259], calculée par mètre de ligne [260]. La redevance doit être versée aux communes au cours du premier semestre qui suit la fin de l'année civile écoulée.

Par le biais de cette « ristourne », l'Etat parvient ainsi à redistribuer une partie des bénéfices réalisés par le concessionnaire aux collectivités publiques qui concèdent la distribution de l'énergie électrique sur leur territoire. Le prix de vente de l'électricité, volontairement fixé plus haut que son prix de revient, joue donc en partie un rôle fiscal, puisqu'il permet indirectement à la collectivité de se procurer des recettes auprès des consommateurs.

553.2. *Les redevances dues par le distributeur de gaz*

Aucune disposition légale vaudoise ne prévoit d'obligation pour le concessionnaire de gaz de payer des redevances aux communes qui lui ont accordé une concession de distribution sur leur territoire. En conséquence, une telle obligation ne peut résulter que d'une disposition expresse de la concession. Ainsi, par exemple, la Compagnie Industrielle et Commerciale du Gaz S. A. est tenue de verser aux communes concédantes une rémunéra-

---

[256] Sont déduites des recettes brutes les recettes produites par la location des compteurs, par les livraisons dépassant le montant de 5000 francs par abonné, les livraisons à l'électrochimie et à l'électrothermie, les livraisons aux entreprises de transports public pour leur exploitation, des livraisons casuelles (notamment celle qui sont faites aux chantiers de construction), des livraisons destinées à l'éclairage public et aux établissements communaux bénéficiant déjà de rabais : cf., à ce sujet, l'art. 2 du règlement du 9 décembre 1969 sur le versement des ristournes aux communes par les entreprises bénéficiant de concession d'eau de l'Etat.

[257] Sur la manière de calculer la longueur des lignes aériennes et souterraines, cf. art. 3 du règlement cité à la note 256 ci-dessus.

[258] Art. 72 II du règlement d'application de la loi vaudoise sur l'utilisation des lacs et des cours d'eau.

[259] Voir à ce sujet notre note 256 ci-dessus.

[260] Art. 4 du règlement du 9 décembre 1969 sur le versement des ristournes aux communes par les entreprises bénéficiant d'une concession d'eau de l'Etat.

tion forfaitaire égale à une quote-part du dividende servi aux actionnaires [261]. Cette redevance périodique constitue une taxe, dont l'équivalent est la cession au redevable du droit d'exploiter le service public et d'utiliser pour ce faire le domaine public.

553.3. *La cession gratuite d'actions ou de bons de jouissance*

En contrepartie de l'octroi ou du renouvellement de la concession, le concessionnaire organisé en société anonyme peut être tenu, en vertu d'une clause expresse, de céder gratuitement aux communes qui lui ont concédé la distribution du gaz ou de l'électricité sur leur territoire une part déterminée de son capital social, voire un certain nombre de bons de jouissance [262]. En cas d'augmentation du capital, une nouvelle cession gratuite ou un droit de souscription peuvent naturellement être prévus en faveur des communes concédantes.

Enfin, relevons que les distributeurs qui sont titulaires également d'une concession de forces hydrauliques de l'Etat sont tenus de fournir l'énergie électrique nécessaire aux hôpitaux, infirmeries, bâtiments d'instruction et à l'éclairage public à un prix inférieur d'au moins 25 % au tarif ordinaire [263]. La concession peut naturellement stipuler une réduction plus étendue et plus importante [264].

56. **Les autres obligations du concessionnaire**

561. *La prévoyance sociale*

Aucune disposition légale n'oblige directement le titulaire d'une concession fédérale de transport à créer, en faveur de son personnel à poste fixe,

---

[261] Voir art. 21 de la Convention du 29 juin 1963 entre la société et les communes de Vevey, Chardonne, La Tour-de-Peilz, Montreux, Veytaux, Jongny, Corseaux et Corsier.

[262] Une telle obligation existe, par exemple, à la charge de la Société Romande d'Electricité et de la Compagnie Industrielle et Commerciale du Gaz S. A.

[263] Cf. art. 69 du règlement d'application de la loi vaudoise sur l'utilisation des lacs et des cours d'eau et 55 d de la loi fédérale sur l'utilisation des forces hydrauliques du 22 décembre 1916.

[264] Ainsi, le rabais sur les tarifs ordinaires peut être de moitié et s'appliquer également aux livraisons effectuées pour couvrir les besoins de tous les bâtiments communaux (écoles, abattoirs, service des eaux, etc.).

une caisse de prévoyance sociale ou de pension [265] ou de l'assurer auprès d'une compagnie d'assurance autorisée à pratiquer en Suisse ou auprès d'une autre institution reconnue par l'autorité de surveillance. En revanche, les lois applicables prévoient la possibilité d'introduire dans la concession une clause mettant à la charge du concessionnaire une telle obligation [266]. Cette disposition existe dans toutes les concessions de chemins de fer et de funiculaires. Quelques concessions de trolleybus et de tramways n'en contiennent pas ; c'est le cas de celles qui ont été accordées à certaines communes [267], les personnes affectées à l'entreprise de transport faisant automatiquement partie de la caisse de pension communale, en leur qualité de fonctionnaires.

L'obligation de créer une caisse de retraite en faveur du personnel ou de l'assurer auprès d'une assurance reconnue incombe en principe, en vertu de la concession, à chaque concessionnaire de navigation intérieure, à l'exception de ceux qui exploitent des entreprises d'importance secondaire [268].

Quant au texte type de concession I de transport par automobiles, il ne contient pas de clause prévoyant l'obligation, pour le concessionnaire, de créer une caisse de prévoyance ni d'assurer son personnel ; cela ne veut toutefois pas dire qu'on ne puisse concevoir une concession qui la stipule expressément.

En matière de navigation aérienne, la Swissair est seule tenue, en sa qualité de titulaire d'une concession générale du droit d'exploiter des lignes régulières, d'assurer à son personnel à poste fixe des prestations de prévoyance sociale [269].

Les concessions de distribution d'eau, de gaz et d'électricité ne contiennent pas, dans le canton de Vaud tout au moins, de clause semblable. Toutefois, l'exploitation des services industriels étant assurée la plupart du temps soit par les communes (sur leur propre territoire ou en tant que conces-

---

[265] Si des caisses de secours sont créées par le concessionnaire de chemin de fer, leur gestion est soumise aux art. 80 et suivants de la loi sur les chemins de fer ; cette réglementation a pour but essentiel de sauvegarder les droits des cotisants. Les concessions de trolleybus rendent applicables les mêmes dispositions aux caisses créées par le concessionnaire (à l'exception toutefois de l'art. 87 III de la loi sur les chemins de fer).

[266] Cf. art. 80 LChf, 34 de l'ordonnance sur les concessions de transport par automobiles, 15 de l'ordonnance concernant la navigation soumise à concession ou à autorisation et 29 LNA.

[267] C'est le cas des concessions accordées aux villes de Lugano, Bienne, Lucerne, Saint-Gall, Berne, Schaffhouse et Zurich.

[268] Ainsi, la concession du 20 octobre 1971 pour la navigation sur l'Aegerisee et celle du 10 août 1971 pour la navigation sur le lac de Silvaplana contiennent une clause expresse de dispense.

[269] Art. 12 de la concession du 19 décembre 1966 de la Swissair.

sionnaire sur le territoire d'autres communes) ou par de grandes sociétés de droit privé, le personnel à poste fixe a généralement la faculté de participer à un fonds de prévoyance. Les caisses de pension et de prévoyance créées par les entreprises de chemins de fer, de navigation et de trolleybus sont soumises à la surveillance de l'Office fédéral des transports [270] ; sont notamment approuvés par lui, les projets de prescriptions de la caisse et leur modification, les comptes et les bilans arrêtés au 31 décembre de chaque année [271].

En outre, l'ordonnance sur les concessions de transport par automobiles prévoit que le concessionnaire doit veiller à ce que le personnel occupé en permanence ou la majeure partie du temps dans son exploitation soit assuré contre les conséquences économiques de la maladie [272] ; l'ordonnance concernant la navigation soumise à concession ou à autorisation va plus loin, en prévoyant la possibilité d'obliger le concessionnaire à assurer son personnel [273]. Les autres textes légaux sont muets sur ce point.

Les concessions de chemins de fer (y compris celles de tramways et de funiculaires) de trolleybus et de bateaux contiennent, en règle générale, une clause disposant que le concessionnaire est tenu de veiller à ce que les personnes qu'il emploie soient assurées contre les conséquences économiques de la maladie. Nous n'avons trouvé aucune disposition semblable dans les textes de concessions de distribution d'eau, de gaz et d'électricité.

562. *L'obligation pour le concessionnaire de s'assurer en responsabilité civile*

Tous les concessionnaires de transports par chemins de fer (y compris tramways), bateaux et automobiles sont tenus de contracter une assurance couvrant leur responsabilité [274], telle qu'elle découle de la législation fédérale sur la responsabilité des entreprises de chemins de fer et de bateaux à vapeur et des postes [275] ; on retrouve d'ailleurs des clauses expresses à ce propos dans les textes de concessions.

---

[270] Art. 2 de l'ordonnance du 19 décembre 1958 sur les caisses de secours du personnel des entreprises de transport concessionnaires (RS 831.42).

[271] Art. 6, 7 de l'ordonnance citée à la note 270 ci-dessus.

[272] Art. 33 de l'ordonnance sur les concessions de transport par automobiles.

[273] Art. 15 b de l'ordonnance concernant la navigation soumise à concession ou à autorisation.

[274] Cf. art. 48 I de l'ordonnance sur les concessions de transport par automobiles et 14 de l'ordonnance concernant la navigation soumise à concession ou à autorisation.

[275] Loi fédérale sur la responsabilité civile des chemins de fer et de bateaux à vapeur et des postes du 28 mars 1905 (RS 221.112.742).

Le concessionnaire de transport par automobiles doit encore s'assurer conformément aux dispositions de la législation fédérale sur la circulation routière, pour sa responsabilité en cas de mort ou de blessures de personnes et de dégâts matériels [276] ; s'il transporte des envois postaux, il est tenu de contracter une assurance pour les dommages résultant de leur perte, de leur spoliation et de leur retard [277].

Quant au concessionnaire de transport par trolleybus, il doit s'assurer en responsabilité civile [278] pour les dommages résultant de l'exploitation de son entreprise [279].

Souvent, les contrats d'assurance conclus par le concessionnaire doivent être approuvés par l'autorité de surveillance [280].

Tout exploitant d'aéronefs immatriculés dans le registre matricule suisse doit être assuré contre les suites de sa responsabilité envers les tiers auprès d'une compagnie autorisée par le Conseil fédéral [281] ; l'assurance doit aussi couvrir la responsabilité du personnel de l'exploitant [282]. La garantie des risques peut aussi consister dans un dépôt de valeurs facilement réalisables auprès d'une caisse publique ou d'une banque agréée par l'Office fédéral de l'air, de même que dans le cautionnement d'un tel établissement bancaire ou d'une société d'assurance [283].

563. *L'obligation de tenir compte de l'industrie du pays*

On trouve généralement dans les textes des concessions de trolleybus une clause ainsi rédigée [284] : « L'entreprise concessionnaire devra tenir compte

---

[276] Art. 48 I de l'ordonnance sur les concessions de transport par automobiles.

[277] Le concessionnaire peut également être tenu de s'assurer pour sa responsabilité relative aux bagages à main des voyageurs : cf. art. 46, 48 II de l'ordonnance sur les concessions de transport par automobiles.

[278] Sa responsabilité découle de la loi fédérale sur la circulation routière du 19 décembre 1958, de la loi fédérale sur les installations électriques à faible et à fort courant du 24 juin 1902 et de la loi sur la responsabilité civile des chemins de fer et de bateaux à vapeur et des postes du 28 mars 1905.

[279] Art. 16 de la loi fédérale sur les entreprises de trolleybus.

[280] Art. 16 II de la loi fédérale sur les entreprises de trolleybus et 14 III de l'ordonnance concernant la navigation soumise à concession ou à autorisation.

[281] Art. 70 I LNA et 123 I ONA.

[282] Art. 70 II LNA.

[283] Art. 71 I LNA et 123 II ONA.

[284] Seules trois concessions de trolleybus sur dix-huit actuellement (1976) en vigueur ne contiennent pas cette clause.

en premier lieu de l'industrie du pays dans ses adjudications pour la construction et l'entretien des installations et des véhicules. L'autorité de surveillance peut autoriser des dérogations. » [285] Une disposition identique, rédigée en termes semblables, figure parfois dans certaines concessions de navigation intérieure [286] : on ne la retrouve pas dans les autres concessions de transport.

Comme elles ne reposent sur aucune base légale expresse [287], on peut se demander si de telles clauses sont valables. On sait en effet que, si l'autorité concédante peut imposer au concessionnaire des charges et des obligations, même non prévues par la loi, ces dernières doivent toutefois être en relation directe avec l'activité faisant l'objet du monopole [288] et les buts de ce dernier [289]. Or, le but essentiel visé par la monopolisation, en faveur de l'Etat, d'une activité de service public est, sans aucun doute, la sauvegarde de l'intérêt général. Dans le domaine des transports, il s'agit plus particulièrement de veiller à assurer des moyens suffisants et leur répartition judicieuse dans tout le pays ainsi que le libre accès de tous les administrés. Il est certes nécessaire d'édicter des règles sur la normalisation technique des véhicules et des installations de transports [290], pour garantir notamment la sécurité de l'exploitation, des voyageurs et des tiers ; toutefois, l'autorité concédante nous paraît aller trop loin lorsqu'elle prescrit dans le texte de concession, en l'absence de disposition légale expresse, que le concessionnaire doit accorder la priorité à l'industrie suisse lors de l'adjudication de ses commandes ou de ses travaux d'entretien. Il s'agit en fait d'une mesure de politique économique, qui ne pourrait être prise que si elle reposait sur une base constitutionnelle [291] ; or, à notre sens, il n'y en a point. Par ailleurs, la tâche de l'autorité doit se borner à contrôler et à assurer que le concessionnaire exerce à satisfaction l'activité d'intérêt public qui lui a été confiée ; peu

---

[285] Cf., par exemple, art. 8 I de la concession du 27 août 1964 pour les services de trolleybus de Neuchâtel et environs, dans RT 1964, p. 235.

[286] Cf., par exemple, art. 7 de la concession du 6 avril 1961 pour la navigation sur le lac Léman (Petit-Lac) dans RT 1961, p. 92, et 8 de la concession du 5 avril 1960 pour la navigation sur les lacs de Thoune et de Brienz, dans RT 1960, p. 77.

[287] Ni la loi du 23 mars 1950 sur les entrerpises de trolleybus, ni son ordonnance d'exécution du 6 juillet 1951, ni l'ordonnance concernant la navigation soumise à concession ou à autorisation ne contiennent de disposition sur ce point.

[288] Ici, le transport de personnes au moyen de trolleybus et de bateaux.

[289] RO 71 I 200 ; voir également ch. 51.

[290] Cf., par exemple, l'ordonnance concernant l'unité technique des chemins de fer du 16 décembre 1938 (RS 742.141.3) et l'ordonnance concernant la construction et l'exploitation des chemins de fer secondaires suisses du 19 mars 1929 (RS 742.141.4).

[291] AUBERT, II, Nos 1915 ss.

importe, en définitive, qu'il le fasse au moyen de véhicules de provenance étrangère et d'installations établies par un entrepreneur étranger, s'ils correspondent aux normes techniques en vigueur. Il nous paraît que la disposition d'une concession qui oblige le concessionnaire à confier, en priorité à l'industrie suisse, ses adjudications pour la construction et l'entretien de ses véhicules et de ses installations est sans relation directe avec les buts visés par le monopole ; elle constitue donc une mesure de politique économique dépourvue de base légale. En conséquence, nous estimons qu'une telle clause est inconstitutionnelle, illégale et arbitraire ; elle n'oblige donc pas le concessionnaire.

564. *Autres obligations*

D'autres obligations sont également imposées au concessionnaire, soit par les textes légaux, soit par la concession, soit par l'autorité concédante : elles sont toutefois accessoires par rapport à la définition et à l'exercice de l'activité de service public proprement dite. Aussi ne ferons-nous que mentionner ici les plus importantes d'entre elles [292], en les classant en deux catégories.

On peut ainsi distinguer tout d'abord les charges relatives à l'utilisation du domaine public par le concessionnaire : par exemple, lutte contre la pollution [293] et le bruit, obligation d'établir des plans concernant les installations projetées, enlèvement de ces dernières lorsqu'elles sont devenues inutiles, et remise en l'état des lieux après exécution des travaux.

D'autres obligations ont trait à l'exploitation de l'entreprise du concessionnaire ; elles concernent les installations [294], les véhicules mis en circulation et leur entretien [295], la force électromotrice utilisée, les conducteurs et

---

[292] Nous avons déjà traité certaines de ces obligations au ch. 24, *passim ;* le lecteur voudra bien également s'y référer.

[293] Art. 43 de l'ordonnance concernant la navigation soumise à concession ou à autorisation.

[294] Par exemple, ordonnance concernant la construction et l'exploitation des chemins de fer secondaires suisses du 19 mars 1923 (RS 742.141.1) et ordonnance sur l'établissement, l'exploitation et l'entretien des installations électriques des chemins de fer, du 7 juillet 1933 (RS 734.42).

[295] Voir, par exemple : art. 8 ss. de l'ordonnance du 6 juillet 1951 sur les entreprises de trolleybus ; art. 33 ss. de l'ordonnance concernant la navigation soumise à concession ou à autorisation ; art. 36 ss. de l'ordonnance sur les concessions de transport par automobiles.

Voir également : ordonnance concernant l'unité technique des chemins de fer, du 16 décembre 1938 (RS 742.141.3) ; ordonnance concernant le profil d'espace libre et le gabarit des véhicules des chemins de fer suisses à voie normale, du 29 novembre 1929 (RS 742.141.2) ; ordonnance concernant l'entretien du matériel roulant des chemins de fer principaux suisses, du 14 juillet 1910 (RS 742.141.1).

les employés du concessionnaire [296], leur formation professionnelle, les transports d'envois postaux [297], le respect du secret postal [298], l'établissement d'un règlement d'exploitation [299] et la vitesse maximum de circulation [300].

57. La surveillance de l'autorité concédante

571. *Le contrôle*

Il va de soi tout d'abord que le choix du concessionnaire revêt une très grande importance ; il incombe à l'autorité concédante de s'assurer, avant l'octroi de la concession, que son bénéficiaire sera en mesure de remplir à satisfaction la tâche qui lui est confiée ; c'est donc au stade de l'octroi de la concession déjà que l'Etat, par l'intermédiaire de l'autorité concédante, doit effectuer un certain nombre de contrôles. Ensuite, lois et textes de concessions chargent souvent l'autorité concédante ou une autre autorité de surveiller l'exploitation de l'entreprise et la stricte application des dispositions légales et réglementaires. Il faut préciser cependant que le droit de contrôle existe indépendamment d'une disposition expresse de la loi ou du texte de concession ; il résulte en effet du caractère d'intérêt public de l'activité concédée. Si l'ordre juridique lui permet de confier à un tiers l'exercice d'une activité dont il détient le monopole, l'Etat doit naturellement être en mesure de s'assurer que le concessionnaire remplit convenablement ses obligations. La concession n'est en effet qu'un mode d'exploitation d'un service public ; ce dernier doit fonctionner de manière satisfaisante, qu'il soit exploité en régie ou sur la base d'une concession. Le droit de contrôle découle également du rapport de subordination qui lie concédant et concessionnaire [301] ; en sollicitant l'octroi d'une concession, le particulier accepte librement de satisfaire aux obligations qui lui sont imposées dans l'intérêt public et de se soumettre au contrôle étatique. Ainsi, l'octroi d'une concession légitime à lui seul

---

[296] Voir, par exemple : art. 30 de l'ordonnance sur les concessions de transport par automobiles ; art. 17 ss. de l'ordonnance sur les entreprises de trolleybus ; art. 39, 40 de l'ordonnance concernant la navigation soumise à concession ou à autorisation.

[297] Voir, par exemple : art. 45 LChf ; art. 16 de l'ordonnance concernant la navigation soumise à concession ou à autorisation ; art. 28 de l'ordonnance sur les concessions de transport par automobiles.

[298] Voir, par exemple, l'article 29 de l'ordonnance sur les concessions de transport par automobiles.

[299] Voir, par exemple, art. 22 de l'ordonnance sur les entreprises de trolleybus.

[300] Voir, par exemple, ordonnance fixant la vitesse maximum des trains sur les chemins de fer principaux, du 19 février 1929 (RS 742.143.2).

[301] GRISEL, p. 147.

l'autorité concédante à surveiller l'exécution des charges que le concessionnaire doit assumer. « Dès l'instant qu'une obligation a été imposée au concessionnaire dans l'intérêt du public et que comme telle cette obligation participe de la nature de droit public qu'a la concession elle-même, on ne peut refuser à l'autorité concédante le droit d'en contrôler l'exécution. » [302]

En ce qui concerne les chemins de fer, la loi fédérale du 20 décembre 1957 institue un droit de contrôle et de surveillance général de leur construction et de leur exploitation [303] ; il est attribué au Conseil fédéral, qui le délègue au Département des transports et communications et de l'énergie. Par ailleurs, l'autorité approuve les statuts [304] de l'entreprise, peut annuler ses décisions dans la mesure où elles sont contraires à la loi [305] ou aux conventions internationales, et autorise la mise en circulation des véhicules ; elle approuve également les tarifs et les horaires et les plans relatifs à la construction [306] ou à la modification des installations et des véhicules ; de plus, elle examine les comptes et le bilan et les ratifie [307], le cas échéant. L'autorité de surveillance est également compétente pour régler un certain nombre de litiges survenant entre le concédant et le concessionnaire [308]. Le pouvoir de contrôle et de surveillance de l'Etat ou de ses organes sur les entreprises de transports par automobiles, par trolleybus et par bateaux est pratiquement identique, à quelques détails près. On peut remarquer également que les entreprises concessionnaires sont tenues de transporter gratuitement le personnel de surveillance dans l'exercice de sa fonction. Selon la loi sur les chemins de fer, l'autorité de surveillance vérifie tout d'abord le respect par le concessionnaire des clauses techniques de la loi ou de la concession ; c'est ainsi que toutes les installations ferroviaires et les véhicules ne peuvent être mis en service qu'avec son autorisation [309], une fois qu'elle s'est assurée de leur conformité avec les normes en vigueur. L'autorité de surveillance procède à des contrôles identiques avant d'autoriser l'exploitation des lignes de transport par automobiles [310], par trolleybus [311], par bateaux [312] et par aéro-

---

[302] RO 50 I 404 = JT 1925 I 474.

[303] Art. 10 LChf.

[304] Art. 15 LChf.

[305] Art. 12 LChf.

[306] Art. 18 LChf.

[307] Art. 70 LChf.

[308] Art. 40 LChf.

[309] Art. 17 III LChf.

[310] Art. 23, 39 de l'ordonnance sur les concessions de transport par automobiles.

[311] Art. 13 de la loi fédérale sur les entreprises de trolleybus.

[312] Art. 32 de l'ordonnance concernant la navigation soumise à concession ou à autorisation.

nefs [313]. Toutes les transformations effectuées aux installations et aux véhicules, intervenues en cours d'exploitation, doivent également être approuvées par l'autorité de surveillance avant leur réalisation [314]. Toutes ces exigences techniques ont pour but de parer aux dangers auxquels l'exploitation de l'entreprise expose inévitablement les tiers.

L'autorité de surveillance est compétente également pour s'assurer du respect des clauses d'ordre économique de la loi ou de la concession qui ont pour but d'assurer certains avantages aux utilisateurs du service public concédé ; constituent de telles clauses celles qui exigent du concessionnaire l'élaboration et l'application d'un tarif, d'un horaire, de conditions de transport et de livraison identiques pour une même catégorie d'usagers. Enfin et surtout, l'autorité de surveillance est compétente pour s'assurer que l'exploitation de l'entreprise du concessionnaire satisfait aux exigences d'un service public, en respectant l'obligation d'exploiter, de contracter et d'adapter. Il est clair que l'autorité doit se borner à contrôler l'exécution des obligations imposées au concessionnaire ; elle ne peut en aucun cas étendre sa surveillance à des questions étrangères à l'objet de la concession [315]. Ainsi, elle ne saurait obliger le concessionnaire distributeur d'eau, de gaz ou d'électricité et titulaire d'un monopole pour les installations intérieures à accorder à un tiers une autorisation d'exécuter ce genre d'installations, si la concession ne contient aucune disposition excluant expressément un tel monopole [316] ; elle violerait en effet l'article 31 de la Constitution fédérale sur la liberté du commerce et de l'industrie.

572. *Les moyens de sanction*

Il ne suffit pas que l'autorité de surveillance puisse exercer un contrôle sur la manière dont le concessionnaire gère le service public ; encore faut-il qu'elle puisse intervenir pour obliger, le cas échéant, le concessionnaire à satisfaire à ses obligations.

---

[313] Art. 58 LNA.

[314] Art. 18 LChf ; art. 5, 10 de la loi fédérale sur les entreprises de trolleybus ; art. 30 de l'ordonnance concernant la navigation soumise à concession ou à autorisation.

[315] Dans le domaine de la régale des téléphones, le Tribunal fédéral a admis que l'autorité concédante ne saurait imposer au titulaire d'une concession pour l'établissement et l'exploitation d'installations téléphoniques des conditions et des exigences se rapportant à une activité, également exercée par le concessionnaire, qui ne relève pas de la régale instituée en faveur de la Confédération par l'article 36 de la Constitution fédérale ; cf. RO 71 I 190.

[316] RO 93 I 231 = JT 1969 I 117 (rés.).

Pour ce faire, l'administration dispose d'un certain nombre de moyens prévus par la législation ; nous allons examiner successivement ceux qui entrent en ligne de compte pour la concession de service public.

572.1. *L'exécution par équivalent*

L'exécution par équivalent consiste pour l'autorité de surveillance à faire exécuter par ses agents ou par des tiers mandatés par elle l'obligation que le concessionnaire n'a pas remplie [317]. Peu importe que cette obligation résulte d'une disposition de la concession, d'un texte légal ou d'une décision de l'autorité de surveillance. Dans cette dernière hypothèse il faut cependant que la décision soit exécutoire, c'est-à-dire qu'elle ne doit pas être susceptible d'être attaquée, ni faire l'objet d'un moyen de droit à effet suspensif [318].

La loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 prévoit la faculté pour l'administration fédérale de recourir à ce moyen dans le cadre général de toute son activité ; elle dispose en effet que « pour exécuter d'autres décisions [319], l'autorité recourt aux mesures suivantes : a) l'exécution, aux frais de l'obligé, par l'autorité qui a statué ou par un tiers mandaté ; ces frais sont fixés par une décision spéciale... » [320]. La faculté pour l'autorité de surveillance de faire exécuter ses décisions par l'un de ses agents ou par un tiers lorsque le concessionnaire est défaillant est expressément prévue dans certains des textes légaux régissant les domaines où une concession peut être accordée ; il en est ainsi à l'article 89, alinéa 2 de la loi fédérale sur les chemins de fer [321], à l'article 51, alinéa 1 de l'ordonnance concernant la navigation soumise à concession et à autorisation. L'ordonnance sur les concessions de transport par automobiles contient une disposition plus précise, en disposant que « si le concessionnaire néglige de contrôler et d'entretenir ses véhicules, des revisions et des réparations extraordinaires peuvent être ordonnées à ses frais » [322].

L'article 6, alinéa 2 de la loi vaudoise sur la distribution de l'eau prévoit, après avoir rappelé l'obligation pour l'autorité de surveillance de contrôler la manière dont le concessionnaire s'acquitte de ses obligations, que la commune « prend immédiatement les mesures nécessaires, d'office ou sur

---

[317] GRISEL, p. 333 ; RO 95 I 300.

[318] Art. 39 LPA.

[319] Il s'agit de toutes les décisions prises par l'administration, hormis celles qui condamnent un administré à payer une somme d'argent ou à fournir des sûretés.

[320] Art. 41 I a LPA.

[321] Cette disposition est également opposable aux concessionnaires de tramways et de trolleybus.

[322] Art. 40 de l'ordonnance sur les concessions de transport par automobiles.

requête, lorsque la fourniture de l'eau n'est pas assurée de la manière exigée par l'article premier, alinéa 1 et par l'article 2 ».

Dans le domaine des transports, seules les concessions I d'automobiles contiennent une clause expresse sur l'exécution par équivalent ; elle est rédigée généralement en ces termes : « Lorsqu'une décision exécutoire de l'autorité concédante ou de surveillance n'est pas observée dans un délai raisonnable, en dépit d'une mise en demeure, l'autorité dont émane la décision peut l'exécuter ou la faire exécuter par des tiers, aux frais du défaillant, indépendamment de l'introduction et de l'issue de poursuites pénales éventuelles. »

De même, dans le domaine de la distribution du gaz, nous relèverons la disposition suivante : « La compagnie assume, à l'entière décharge des communes, l'obligation de respecter les règles de tous ordres édictées par les autorités fédérales, cantonales ou communales, notamment les mesures de sûreté et les règles de police, ainsi que les prescriptions réglementaires pour l'exécution des fouilles dans le domaine public. En cas d'urgence ou après vaine mise en demeure, les communes peuvent faire exécuter, aux frais de la compagnie, les travaux nécessaires. » [323] En revanche, nous n'avons pas trouvé de telle clause dans les concessions de distribution d'eau et d'électricité.

En règle générale, l'administration doit sommer le concessionnaire de s'exécuter et lui fixer un délai pour ce faire, avant d'effectuer ou de faire effectuer par un tiers la prestation [324] ; toutefois, s'il y a péril en la demeure ou s'il apparaît d'emblée que le concessionnaire ne dispose ni des moyens juridiques, ni des moyens pratiques pour satisfaire à son obligation, l'autorité administrative peut renoncer à la procédure de sommation [325]. Toutes les mesures prises par l'autorité le sont naturellement aux frais de l'obligé [326] ; toutefois, en vertu du principe de la proportionnalité, l'administration doit veiller à n'ordonner que les mesures propres à exécuter l'obligation ou la prestation non satisfaite par le concessionnaire et, partant, à limiter les dépenses ainsi occasionnées [327].

---

[323] Art. 3 de la Convention du 29 juin 1963 entre les communes de Vevey, Chardonne, Jongny, Corseaux, Corsier, La Tour-de-Peilz, Montreux et Veytaux et la Compagnie du Gaz et du Coke S. A., Vevey.

[324] Art. 41 II LPA.

[325] Cf. RO 94 I 403 = JT 1969 I 519 (rés.).

[326] Imboden, *Verwaltungsrechtsprechung*, I, N° 364, remarque I.

[327] Grisel, p. 339 ; *ZBl* 1969, p. 54 : décision du Tribunal administratif bernois ; il s'agissait en l'espèce d'une commune qui avait fait débarrasser, par une entreprise privée mandatée par elle, l'atelier, l'appartement et les alentours de la maison d'un menuisier de tous les déchets de bois et de vieux meubles dont ils étaient encombrés. La commune avait fondé son intervention sur des motifs de police du feu.

On peut se demander si, dans les cas où aucune disposition ne le prévoit [328], l'autorité administrative peut recourir tout de même à l'exécution par équivalent ; en effet, en principe, l'administration ne peut restreindre les libertés individuelles des citoyens que si une base légale expresse lui en donne la compétence. Pour nous, il ne fait pas de doute que même en l'absence de disposition légale expresse, l'autorité de surveillance peut recourir à l'exécution par équivalent. En effet, le concessionnaire est tenu, de par la loi et en vertu de la concession, de satisfaire à un certain nombre d'obligations, notamment en vertu du caractère de service public revêtu par l'activité qui lui a été confiée ; en les faisant exécuter à sa place, l'autorité compétente n'exige aucune prestation supplémentaire du concessionnaire, mais, au contraire, ne fait que s'assurer du respect des obligations de ce dernier [329]. Le droit d'ordonner une exécution par équivalent découle donc logiquement de l'octroi d'une concession ; à la place d'exécuter une prestation, le concessionnaire devient redevable des frais de l'exécution par équivalent. Par ailleurs, la sauvegarde des intérêts de tous les usagers du service public légitime incontestablement l'autorité de surveillance à recourir, si le besoin s'en fait sentir, à l'exécution par équivalent.

572.2. *Les mesures administratives*

572.21. *Le retrait de la concession*

La mesure administrative la plus grave est le retrait de la concession. Les motifs qui peuvent entraîner cette sanction consistent essentiellement dans la violation et l'inobservation grave et répétée par le concessionnaire des obligations qui résultent des dispositions de la concession, de la législation, des directives et des instructions de l'autorité concédante ou de surveillance [330].

Une telle mesure est prévue dans tous les textes législatifs relatifs au domaine des transports ; il en est ainsi à l'article 90 de la loi fédérale sur les chemins de fer, à l'article 62, alinéa 1 de l'ordonnance sur les concessions de transport par automobiles, à l'article 17 de la loi fédérale sur les entreprises de trolleybus, à l'article 93 de la loi fédérale sur la navigation aérienne, aux articles 41 et 113 de son ordonnance d'application et, enfin, à l'article 52 de l'ordonnance concernant la navigation soumise à concession ou à autorisation.

---

[328] C'est le cas, par exemple, dans le canton de Vaud, pour la distribution du gaz et de l'électricité qui ne font l'objet d'aucune loi spécifique.

[329] IMBODEN, *Verwaltungsrechtsprechung*, II, N° 364, remarque II.

[330] Cf. art. 90 LChf, 62 I de l'ordonnance sur les concessions de transport par automobiles, 17 de la loi fédérale sur les entreprises de trolleybus, et 93 LNA.

En outre, l'article 6, alinéa 2 de la loi vaudoise sur la distribution de l'eau [331] légitime la commune concédante à retirer la concession, lorsque le concessionnaire ne satisfait pas à ses obligations.

Même en l'absence de dispositions légales expresses [332], il faut admettre que le concédant peut invoquer la violation grave et répétée des obligations du concessionnaire pour retirer la concession [333] ; en effet, l'intérêt général au bon fonctionnement des services publics légitime à lui seul l'autorité compétente à prendre une telle mesure.

Certains textes de concessions prévoient expressément le droit de retrait de l'autorité concédante, en cas de violation grave et répétée des obligations du concessionnaire ; c'est le cas généralement des concessions de transport par automobiles, par trolleybus [334] et de navigation intérieure [335]. En revanche, nous n'avons pas trouvé trace d'une telle disposition dans les concessions de transport par chemins de fer et par aéronefs, ni dans celles qui ont pour objet l'exploitation d'un aéroport ou la distribution de l'eau, du gaz ou de l'électricité. Cela n'a d'ailleurs pas une très grande importance, puisque l'autorité concédante peut invoquer dans tous les cas la violation grave et répétée des obligations du concessionnaire pour retirer la concession.

L'autorité désignée pour procéder au retrait n'est pas la même d'un domaine concédé à l'autre ; il convient par conséquent de consulter les textes légaux applicables. C'est l'Assemblée fédérale qui est compétente pour retirer une concession de chemin de fer [336] ; en revanche, le Département fédéral des transports et communications et de l'énergie est habilité à prononcer le retrait des concessions de transport par automobiles [337], par bateaux [338], par

---

[331] Cet alinéa dispose notamment : « ... Elle (la commune) prend immédiatement les mesures nécessaires, d'office ou sur requête, lorsque la fourniture de l'eau n'est pas assurée de la manière exigée par l'article premier, alinéa 1 et par l'article 2. »

[332] C'est le cas dans le canton de Vaud de la distribution de l'électricité et du gaz.

[333] GRISEL, p. 150 ; EUGSTER, p. 24.

[334] Cf., par exemple, l'art. 19 de la concession du 18 septembre 1972 accordée au Service communal des transports de la Ville de Lugano, RT 1972, p. 328, et l'art. 18 de la concession accordée aux Transports municipaux de la Ville de Berne, RT 1971, p. 480.

[335] Cf., par exemple, l'art. 15 de la concession du 23 décembre 1972 pour la navigation sur le lac de Lugano, RT 1972, p. 402, et 17 de la concession du 13 février 1963 pour la navigation sur le lac de Zurich et la Limmat, RT 1963, p. 99.

[336] Art. 90 LChf.

[337] Art. 62 II de l'ordonnance sur les concessions de transport par automobiles.

[338] Art. 52 de l'ordonnance concernant la navigation soumise à concession ou à autorisation.

trolleybus [339] et aéronefs [340] et pour l'exploitation d'un aéroport [341]. Quant aux concessions de distribution d'eau, de gaz et d'électricité, il faut admettre, en l'absence de dispositions en désignant une autre, que l'autorité compétente pour procéder au retrait est la même que celle qui peut l'octroyer. L'autorité administrative peut intervenir en tout temps ; le concessionnaire n'a droit à aucune indemnité, puisque le retrait est la conséquence directe de la violation de ses obligations.

Le retrait d'une concession de chemin de fer étant prononcé par l'Assemblée fédérale, il est évident que le concessionnaire ne dispose d'aucun moyen de recours contre la décision de cette autorité. En revanche, en ce qui concerne les transports par automobiles, aéronefs, trolleybus et les concessions pour l'exploitation d'un aéroport, le concessionnaire peut intenter un recours de droit administratif au Tribunal fédéral contre la décision de retrait émanant du Département des transports et communications et de l'énergie [342]. La décision de retrait d'une concession de transport, hormis celle de chemins de fer, peut donc être soumise à l'examen du Tribunal fédéral, lors d'un recours de droit administratif.

Les décisions de retirer les concessions de distribution d'eau, de gaz et d'électricité relèvent des autorités compétentes selon le droit cantonal ; dans le canton de Vaud, il s'agit des autorités communales, la décision de ces dernières pouvant être portée devant le Conseil d'Etat, en vertu de son pouvoir général de surveillance sur les communes [343].

572.22. *Les mesures contre les employés du concessionnaire*

Deux textes légaux prévoient expressément que les employés et les agents d'un concessionnaire de transport peuvent être relevés de leurs fonctions à la demande de l'autorité de surveillance, lorsqu'ils donnent lieu, dans l'exer-

---

[339] Art. 17 de la loi fédérale sur les trolleybus.

[340] Art. 113 I ONA.

[341] Art. 41 LNA.

[342] Art. 101 d OJF. A ce propos, l'art. 8 I de la loi fédérale du 29 mars 1950 sur les entreprises de trolleybus prévoit qu'une décision relative au retrait d'une concession peut être déférée au Conseil fédéral ; cette disposition semble être en contradiction avec l'article 101 d OJF. La contradiction n'est toutefois qu'apparente ; en effet, l'art. 11 II des dispositions finales de la loi du 20 décembre 1968 modifiant l'organisation judiciaire abroge toutes les dispositions contraires du droit fédéral. Il faut donc admettre que la décision de retrait d'une concession de trolleybus peut faire l'objet d'un recours de droit administratif au Tribunal fédéral (une compétence concurrente du Conseil fédéral et du Tribunal fédéral étant par ailleurs exclue en vertu de l'art. 74 a de la loi fédérale sur la procédure administrative).

[343] Art. 145 de la loi vaudoise du 28 février 1956 sur les communes.

cice de leur service, à des plaintes réitérées et fondées ; il en est ainsi aux articles 89, alinéa 2 de la loi fédérale sur les chemins de fer et 51, alinéa 2 de l'ordonnance sur la navigation soumise à concession ou à autorisation.

Une clause identique figure généralement dans les concessions I de transport par automobiles ; nous n'avons pas trouvé trace de disposition semblable dans les autres concessions de service public que nous avons consultées. La caractéristique essentielle de cette mesure administrative est qu'elle ne s'applique pas directement au concessionnaire lui-même, mais qu'elle l'atteint, au contraire, de manière indirecte. Par ailleurs, cette sanction n'est pas exécutée par l'autorité de surveillance elle-même ; il appartient en effet au concessionnaire de licencier l'employé qui ne remplit pas convenablement ses fonctions : cela s'explique par le fait qu'aucune relation juridique quelconque n'existe entre l'autorité concédante d'une part et les personnes exerçant un emploi dans l'entreprise du concessionnaire d'autre part.

En vertu du principe de la légalité de l'administration, l'autorité de surveillance ne peut exiger qu'une telle mesure de licenciement soit prise à l'égard d'un employé du concessionnaire que si une disposition légale expresse ou une clause de la concession lui en donne le pouvoir.

572.3. *Les sanctions pénales administratives*

Tous les textes légaux relatifs aux concessions de transport prévoient la possibilité d'infliger une *peine* au concessionnaire lorsque celui-ci contrevient aux prescriptions de la loi et de la concession ou aux décisions de l'autorité de surveillance ; il en est ainsi aux articles 88 de la loi fédérale sur les chemins de fer, également applicable aux entreprises concessionnaires de transport par trolleybus [344], 61 de l'ordonnance sur les concessions de transport par automobiles (lequel renvoie aux articles 57 et suivants de la loi sur le service des postes), 50 de l'ordonnance sur la navigation soumise à concession ou à autorisation (qui rend applicable l'article 88 de la loi fédérale sur les chemins de fer) et, enfin, à l'article 91 de la loi fédérale sur la navigation aérienne.

Dans le canton de Vaud, aucune disposition légale semblable n'existe dans le domaine de la distribution de l'eau, du gaz ou de l'électricité. Toutefois, le concessionnaire distributeur pourra être poursuivi pénalement, dans le cadre de l'article 292 du Code pénal suisse relatif à l'insoumission à une décision de l'autorité [345].

---

[344] Art. 95 III LChf.

[345] L'art. 292 du Code pénal ne s'applique pas, en raison de son caractère subsidiaire, à la poursuite des infractions commises par un concessionnaire de transport tombant déjà sous le coup de dispositions expresses de lois spéciales.

La loi sur le droit pénal administratif du 22 mars 1974 [346] ne s'applique pas à la poursuite et au jugement des infractions commises par les concessionnaires de transport par chemins de fer, trolleybus et bateaux ; en effet, elle n'entre en ligne de compte, en vertu de son article premier, que « lorsqu'une autorité fédérale est chargée de poursuivre et de juger une infraction ». Or, l'article 88, alinéa 4 de la loi fédérale sur les chemins de fer [347] prévoit expressément que la poursuite et le jugement des infractions commises par le concessionnaire incombent aux autorités cantonales ordinaires. Il appartient en conséquence à la législation cantonale [348] de désigner les autorités compétentes en la matière, et de déterminer la procédure applicable et les voies de recours. En revanche, les dispositions générales du Code pénal suisse sont applicables à la poursuite des infractions commises par le concessionnaire [349].

La poursuite et le jugement des contraventions commises par les concessionnaires de transport par automobiles et par aéronefs et par les bénéficiaires d'une concession pour la construction et l'exploitation d'un aéroport s'effectuent conformément aux dispositions de la loi fédérale sur le droit pénal administratif [350] ; ils incombent au Département fédéral des transports et communications et de l'énergie [351] pour les infractions commises par un concessionnaire de transport par automobiles [352] et à l'Office fédéral de l'air pour les contraventions à la législation et aux concessions en matière de navigation aérienne [353].

La procédure est fixée par les articles 19 à 103 de la loi fédérale sur le droit pénal administratif [354]. L'enquête est conduite par l'autorité administrative [355] ; en principe l'administration est également compétente pour juger

---

[346] RS 313.0.

[347] Cet article est également applicable à la poursuite des infractions commises par les concessionnaires de transport par trolleybus et par bateaux.

[348] Dans le canton de Vaud, il s'agit du Code de procédure pénale du 12 septembre 1967.

[349] Art. 333 du Code pénal suisse.

[350] Cf. art. 91 LNA, 65 II LSP et 1er de la loi fédérale sur le droit pénal administratif.

[351] Le département peut déléguer la poursuite et le jugement d'infractions déterminées : cf. art. 66 II LSP.

[352] Art. 66 II LSP.

[353] Art. 98 II LNA.

[354] Nous ne donnerons ici que quelques indications sur la procédure ; au surplus, le lecteur voudra bien se référer notamment à l'article de M. le professeur Jean Gauthier, paru dans les *Mémoires* publiés par la Faculté de droit de Genève, No 46, p. 23 ss.

[355] Art. 20 I de la loi fédérale sur le droit pénal administratif. Le for de l'action pénale est déterminé par les articles 346 ss. du Code pénal ou est constitué par celui du domicile de l'inculpé (art. 22 de la loi sur le droit pénal administratif).

l'infraction : toutefois, lorsqu'elle estime qu'une peine ou une mesure privative de liberté doit être envisagée, la cause est soumise à un tribunal pénal [356]. De même, le concessionnaire touché par un prononcé pénal de l'administration peut demander à être jugé par un tribunal [357]. Signalons pour terminer que l'autorité chargée de la poursuite pénale peut, dans les conditions des articles 58 et suivants du Code pénal suisse, procéder à la confiscation et même à la destruction des objets qui sont le produit ou le résultat d'une infraction ; dans le cadre des concessions de transport, on peut ainsi concevoir que les véhicules du concessionnaire qui ne sont pas conformes aux exigences et qui mettent en danger la sécurité des voyageurs soient confisqués [358].

572.4. *La poursuite pour dettes*

La corporation publique peut utiliser les moyens mis à la disposition par la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite pour obtenir l'exécution forcée des prétentions pécuniaires qu'elle peut faire valoir à l'encontre du concessionnaire. Ces prétentions pécuniaires peuvent consister en des taxes dues par le concessionnaire à l'occasion de l'octroi, du renouvellement, de l'extension, du transfert et de la modification de la concession [359]. Il peut s'agir également d'émoluments que le concessionnaire doit payer en contrepartie des prestations de l'autorité de surveillance dans l'exercice de son droit de contrôle [360] et même des frais résultant d'une mesure d'exécution par équivalent.

Enfin, la créance de la corporation publique peut consister en redevances que le concessionnaire est tenu d'acquitter ou en une amende prononcée [361] contre lui, à titre de sanction pénale ou administrative. En vertu de l'article 43 de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, la poursuite pour les prétentions pécunaires de la corporation publique concédante « a toujours lieu par voie de saisie ou de réalisation de gage » ; l'autorité concédante n'est pas tenue de sommer préalablement le concessionnaire de s'acquitter ; la notification d'un commandement de payer suffit [362].

---

[356] Art. 21 I de la loi sur le droit pénal administratif ; il appartient à la législation cantonale de désigner le tribunal compétent. En tous les cas, le Conseil fédéral peut déférer l'affaire à la Cour pénale fédérale.

[357] Art. 21 II de la loi fédérale sur le droit pénal administratif.

[358] Cf., par exemple, art. 92 I b LNA.

[359] Voir à ce sujet ch. 551.

[360] Voir à ce sujet ch. 552.

[361] Cf. art. 40 LPA.

[362] GRISEL, p. 338.

6. Les droits du concessionnaire

61. **Le droit d'exploiter le service public**

L'étendue du droit d'exploiter est naturellement déterminée d'abord par les dispositions légales applicables au domaine concédé, puis par le texte de concession. C'est ainsi qu'il appartient à la concession de désigner la ou les lignes sur lesquelles l'entreprise de transport pourra faire circuler ses véhicules ou de délimiter la portion de territoire où le concessionnaire pourra distribuer l'eau, le gaz ou l'électricité. C'est à la concession de préciser également la durée pour laquelle le droit d'exploiter le service public a été accordé ; le concessionnaire a un véritable droit d'exercer son activité pendant toute la durée prévue, pour autant qu'il remplisse convenablement ses obligations. Ainsi, la concession ne peut être retirée, sauf disposition contraire de la loi ou de l'acte de concession, au concessionnaire sans son consentement ; le concessionnaire possède un véritable droit acquis d'exploiter pendant toute la durée de la concession [363]. De même, l'autorité concédante ne saurait sans autre réduire le droit d'exploiter accordé au concessionnaire ; elle ne peut le faire que si un intérêt public suffisant l'exige et contre le versement d'une indemnité [364]. En octroyant la concession, l'autorité concédante ne cède cependant pas son monopole au concessionnaire, mais l'autorise à exercer une activité qu'elle seule pouvait, jusqu'alors, entreprendre. En conséquence, et sauf stipulations contraires de l'acte de concession, le concessionnaire n'a aucun droit exclusif d'exploitation [365] ; aussi, la corporation publique concédante peut-elle faire concurrence au concessionnaire directement ou accorder d'autres concessions à des tiers [366].

---

[363] RO 75 II 213.

[364] Dans ce sens, RO 74 I 470 ; RO 96 I 282 = JT 1971 I 477.

[365] Les concessions de distribution d'eau, de gaz et d'électricité contiennent presque toujours une clause d'exclusivité.

[366] Grisel, p. 147 ; Ruck, I, p. 105 ; Strauss, p. 51.

62. Le droit de percevoir une rémunération

Le concessionnaire, exploitant en principe à ses risques et périls [367], doit forcément être à même de percevoir une rémunération, à titre de rétribution pour les prestations qu'il fournit. Rappelons ici que, la plupart du temps, le concessionnaire n'a pas la compétence de fixer comme bon lui semble le prix de ses services ; il est tenu d'établir ses tarifs en tenant compte des principes généraux édictés par le concédant [368] et de les soumettre à l'autorité de surveillance, qui les approuve avant leur mise en vigueur [369]. Cette approbation est un acte de surveillance de l'autorité compétente ; elle a pour effet de rendre le tarif applicable. Bien qu'il soit déterminé d'avance, il faut admettre que le prix demandé par le concessionnaire en contrepartie de sa prestation constitue un des éléments du contrat [370] qui le lie aux usagers ; il en est de même des redevances perçues par le concessionnaire lors du raccordement d'un nouvel abonné au réseau de distribution d'eau, de gaz ou d'électricité, avant même la fourniture de toute prestation. On peut se demander légitimement s'il est admissible qu'un concessionnaire de service public réalise un bénéfice d'exploitation [371] ; s'agissant de l'exercice d'une activité en faveur de la collectivité, les tarifs du concessionnaire ne devraient-ils pas être calculés de manière à permettre à l'entreprise d'équilibrer ses recettes avec ses dépenses, sans toutefois lui permettre de réaliser un profit ? Le fait qu'un concessionnaire réalise un bénéfice d'exploitation n'a rien de surprenant ; en effet, c'est le propre du système de la concession de faire gérer un service public sur le mode capitaliste [372] ; en outre, le droit au bénéfice doit exister, parce que le concessionnaire supporte les risques [373] afférents à l'exploitation du service public.

---

[367] Voir à ce sujet ch. 66.

[368] Cf. arrêté du Conseil fédéral sur la formation des tarifs de chemins de fer, du 17 octobre 1967, également applicable aux entreprises de trolleybus et de navigation intérieure (RS 742.401.1) et l'arrêté sur le rapprochement tarifaire du 5 juin 1959 (RS 742.401.2). Voir également l'arrêté du Conseil fédéral sur le rapprochement des tarifs des lignes automobiles (RS 744.16).

[369] Cf. art. 12 de la loi fédérale sur les transports par chemins de fer et par bateaux, 27 de l'ordonnance concernant les concessions de transport par automobiles, 11 c de la loi fédérale sur les entreprises de trolleybus, 107 de l'ordonnance sur la navigation aérienne, et 67 du règlement d'application de la loi vaudoise sur l'utilisation des lacs et cours d'eau.

[370] Sur la nature juridique des relations avec les usagers, cf. ch. 8.

[371] Ce problème se pose notamment dans le domaine de la distribution d'énergie électrique.

[372] Voir à ce sujet ch. 222.

[373] Le concessionnaire supporte tout au moins les risques afférents à l'*aléa* normal ; cf. ch. 66.

Par ailleurs, aucun particulier n'accepterait d'investir ses capitaux et son travail dans une entreprise, fût-elle de service public, à laquelle on interdirait d'avance de réaliser des profits ; il ne resterait alors plus à l'Etat que de prendre en charge lui-même l'activité qu'il ne pourrait plus concéder ; ni la corporation publique, ni les usagers n'y trouveraient forcément avantage.

63. **Le droit d'utiliser le domaine public**

Outre le droit d'exercer une activité de service public, la concession octroie parfois le droit d'utiliser le domaine public. C'est le cas principalement des concessions de distribution d'eau, de gaz et d'électricité qui légitiment le concessionnaire à établir ses conduites, canalisations et lignes sur le domaine public de la collectivité concédante [374]. Certaines concessions fédérales de transport ne peuvent être délivrées au requérant que si l'autorité cantonale compétente (canton, commune) lui a octroyé, au préalable, un droit d'usage privatif sur son domaine public [375] ; il en est ainsi des concessions de transport par tramways [376], qui supposent l'utilisation de la voie publique pour la construction des rails, et des concessions de transport par trolleybus [377], qui nécessitent l'établissement d'installations électriques au-dessus de la chaussée. Le texte de concession contient alors une clause type expressément consacrée à ce problème. Nous relèverons à ce propos le texte suivant, extrait de la concession de trolleybus octroyée aux Transports en commun de la Ville de Fribourg [378] : « L'usage de la voie publique nécessaire à l'établissement des installations électriques a été autorisé selon la déclaration du Conseil communal de la Ville de Fribourg du 3 juillet 1968. »

64. **Le droit d'exercer des prérogatives de puissance publique**

Poursuivant une activité d'intérêt public, le concessionnaire doit être en mesure de disposer, pour lui permettre de remplir sa tâche, de certains moyens de puissance publique qui seraient à la disposition de l'Etat si ce

---

[374] Parfois, l'autorité concédante accorde également au concessionnaire le droit d'utiliser son domaine privé.

[375] Ce droit est accordé au concessionnaire au moyen d'une concession ou d'une autorisation, suivant la législation cantonale ; il convient également de se reporter à cette même législation pour connaître l'autorité compétente.

[376] Cf. art. 5 I LChf.

[377] Cf. art. 4 II de la loi fédérale sur les entreprises de trolleybus.

[378] Cf. art. 9 de la concession du 23 décembre 1968 ; RT 1968, p. 411.

dernier entreprenait directement la même activité. Cependant, l'autorité concédante ne peut déléguer de telles prérogatives au concessionnaire que si une loi l'y autorise expressément [379].

641. *Le droit d'exproprier*

S'agissant de l'exploitation de services publics, on ne saurait concevoir qu'ils ne puissent être créés ni développés en raison de l'obstruction de quelques propriétaires fonciers ; aussi la loi fédérale sur les chemins de fer, à son article 3, et la loi fédérale sur les entreprises de trolleybus, à son article 2, prévoient-elles expressément que les entreprises concessionnaires peuvent exercer le droit d'expropriation conformément à la législation fédérale [380]. Toutefois, l'exercice de ce droit doit être strictement limité ; il ne peut être exercé par l'entreprise concessionnaire que pour lui permettre d'acquérir les biens-fonds nécessaires à la construction d'installations directement indispensables à son exploitation [381]. On ne saurait admettre que le concessionnaire puisse se procurer un immeuble, par voie d'expropriation, à des fins spéculatives. « Il n'est contraire ni à la garantie de la propriété, ni à l'article 4 de la Constitution fédérale que le droit d'expropriation soit conféré à des personnes privées. Il est simplement requis que l'ouvrage à construire par les propriétaires privés réponde à un intérêt public. » [382]

La loi vaudoise du 30 novembre 1964 sur la distribution de l'eau prévoit également la délégation du droit d'expropriation aux entreprises concessionnaires [383] ; ces dernières doivent cependant demander à être mises au bénéfice des dispositions de la loi cantonale [384] ; l'autorité cantonale compétente pour autoriser l'expropriation est le Conseil d'Etat vaudois. L'expropriation peut être exercée par le concessionnaire, non seulement pour installer son réseau de distribution (canalisations, réservoirs, etc.), mais également pour se procurer les ressources en eau (sources) qui lui sont nécessaires. De même, le droit d'exproprier peut être accordé aux distributeurs d'électricité, par le Conseil fédéral, pour l'établissement de leurs installations de transport et de distribution d'énergie [385].

---

[379] GRISEL, p. 147 ; cf. également art. 3 II de la loi fédérale du 20 juin 1930 sur l'expropriation (RS 711) et 3, 6 de la loi vaudoise du 25 novembre 1974 sur l'expropriation.

[380] Cf. loi fédérale sur l'expropriation du 20 juin 1930 (RS 711).

[381] HAENNI, p. 109.

[382] RO 98 I a 49 = JT 1973 I 599.

[383] Art. 20 de la loi vaudoise sur la distribution de l'eau.

[384] Loi vaudoise du 25 novembre 1974 sur l'expropriation.

[385] Art. 43 I de la loi fédérale du 24 juin 1904 concernant les installations à faible et à fort courant.

« Les entreprises de chemins de fer exercent la police des chemins de fer conformément à la législation fédérale y relative. » [386] Il n'existe pas, dans les autres domaines concédés (transports par automobiles, par bateaux et par aéronefs, services industriels) de disposition légale semblable.

Seule la loi fédérale sur les entreprises de trolleybus du 29 mars 1950, à son article 11, lettre h rend applicables aux entreprises concessionnaires les dispositions relatives à la police des chemins de fer en matière de transport de voyageurs et de marchandises [387].

Quelles sont les compétences du concessionnaire de chemin de fer et qui peut les exercer ? Le texte légal déterminant en la matière est la loi fédérale concernant la police des chemins de fer du 18 février 1878 [388] ; il importe donc de s'y référer. En vertu de l'article 12 de cette loi, il appartient à chaque chemin de fer de désigner les employés qui ont le droit d'exercer la police ; ceux-ci doivent être assermentés et sont assimilés, dans l'exercice de leur fonction, aux agents de la police cantonale [389]. Les pouvoirs de police dont ils sont revêtus sont toutefois extrêmement restreints ; ils ne peuvent en effet que constater les infractions [390] qui sont définies aux articles 1 à 6 de la loi et les dénoncer à l'autorité de police ou l'autorité judiciaire compétente en vertu de la législation cantonale du lieu de commission pour les réprimer [391]. Il est donc exclu qu'une amende soit fixée puis perçue par les employés de police des chemins de fer. Toutefois, ils sont compétents pour exiger de la part du contrevenant une garantie suffisante, lorsque ce dernier « ne peut justifier, d'une manière digne de foi, de sa personne, de son état et de son domicile ou s'il n'a pas de domicile fixe en Suisse » [392]. S'il refuse ou n'est pas en mesure de fournir cette garantie, le contrevenant peut être conduit à l'autorité de police la plus proche [393] par l'employé de chemin de fer.

---

[386] Art. 23 LChf.

[387] Art. 6 de la loi fédérale du 18 février 1878 sur la police des chemins de fer (RS 742.147.1).

[388] RS 742.147.1.

[389] Art. 12 de la loi fédérale sur la police des chemins de fer.

[390] Il est, par exemple, interdit de circuler à cheval ou en voiture sur la voie ferrée, de traverser un passage à niveau lors de l'approche d'un train, et d'endommager la voie et ses dépendances.

[391] Art. 7 de la loi fédérale sur la police des chemins de fer.

[392] Art. 7 II de la loi fédérale sur la police des chemins de fer.

[393] Art. 7 II de la loi fédérale sur la police des chemins de fer.

En revanche, les employés des entreprises concessionnaires de chemins de fer, tramways, trolleybus ou bateaux sont habilités à percevoir une surtaxe [394] des voyageurs qui ne sont pas munis d'un titre de transport valable durant la course qu'ils effectuent [395]. Cette surtaxe doit être fixée dans le tarif ; elle est perçue en sus du prix ordinaire du voyage.

65. **Le droit d'exploiter des services accessoires**

L'article 39 de la loi fédérale sur les chemins de fer légitime les chemins de fer et, par conséquent, également les concessionnaires à installer et exploiter des services accessoires sur leur domaine ou dans les trains. Il faut toutefois que les besoins du trafic et de l'exploitation ferroviaire le justifient [396]. Il appartient aux entreprises de chemins de fer de décider, dans le cadre de la loi, si ces besoins existent ; il incombe cependant à l'autorité de surveillance de régler une éventuelle contestation relative à la nécessité d'installer des services accessoires [397]. Le concessionnaire pourra, le cas échéant, recourir au Tribunal fédéral contre le prononcé de l'autorité de surveillance, par la voie du recours de droit administratif.

Parmi les services accessoires que le concessionnaire peut décider d'exploiter, il faut citer les restaurants, les buffets, les kiosques à tabac, à journaux et à fleurs et les boutiques à souvenirs. Dans un arrêt récent [398], le Tribunal fédéral a eu l'occasion de se prononcer, eu égard à l'article 39 de la loi sur les chemins de fer, sur l'admissibilité de l'installation, dans la gare de Berne, d'une pharmacie et de son ouverture sans interruption de 6 heures à 20 heures, tous les jours de la semaine, dimanche y compris.

Il peut arriver également que l'entreprise de chemin de fer entre en conflit avec la souveraineté administrative cantonale ; c'est le cas notamment lorsque l'ouverture du service accessoire dépend, d'après les normes

---

[394] L'article 42 du règlement concernant les transports par chemins de fer et par bateaux, du 2 octobre 1967, constitue la base légale permettant la perception de la surtaxe.

[395] Cette surtaxe constitue sans aucun doute une amende ; en effet, en vertu de l'article 23 de la loi fédérale sur les transports par chemins de fer et par bateaux, tout voyageur est tenu de se munir avant le début de la course d'un titre de transport valable.

[396] Art. 39 I LChf.

[397] Art. 40 I g LChf. Le Tribunal fédéral a reconnu aux personnes privées la faculté de provoquer une décision de l'autorité de surveillance et de contester le droit à une entreprise de chemin de fer d'installer un service accessoire ; cf. RO 97 I 597 = JT 1973 I p. 118 (rés.).

[398] RO 98 I b 226.

juridiques cantonales applicables, de l'existence d'un besoin et que le contenu du concept de besoin n'est pas identique à celui de l'article 39 de la loi fédérale sur les chemins de fer. Cependant le droit de l'entreprise d'exploiter un service accessoire l'emporte sur la réglementation cantonale. L'entreprise entre aussi en conflit avec le droit cantonal, lorsqu'elle prétend déroger, en vertu de l'article 39, alinéa 3 [399], aux prescriptions cantonales et communales sur l'ouverture des magasins ; c'est pourquoi, il ne faut admettre de dérogations que dans la mesure où les besoins de l'exploitation ferroviaire et du trafic l'exigent.

Il n'existe pas, dans les autres domaines concédés qui nous intéressent dans le cadre de ce travail, de dispositions comparables à l'article 39 de la loi fédérale sur les chemins de fer ; par conséquent, le concessionnaire n'est pas en mesure, du seul fait qu'il est titulaire d'une concession, d'exploiter des services accessoires sans être soumis, comme n'importe quel autre administré, à la législation fédérale ou cantonale régissant l'exercice de ces activités.

66. **Le droit à l'équilibre financier**

En droit suisse, il n'existe pas, comme en droit français, de théorie générale développant la notion de droit à l'équilibre financier. Certes, une solution équivalente peut être trouvée en application de la *clausula rebus sic stantibus,* selon laquelle un acte juridique (donc aussi une concession) ne lie les parties que sous réserve du maintien de la situation qui existait au moment où il a été conclu [400]. Toutefois, il nous paraît judicieux de reconnaître expressément au concessionnaire un véritable droit à l'équilibre financier du service public.

661. *Définition, justification et limites du droit à l'équilibre financier en droit français*

Au moment où l'Etat et un particulier se lient au moyen d'une concession de service public, l'ensemble des obligations incombant au concessionnaire est compensé équitablement par les droits et les avantages qui lui sont reconnus ; en effet, si tel n'était pas le cas, on ne voit pas ce qui pourrait motiver un administré à requérir l'octroi d'une concession. En d'autres termes, il y a équivalence entre ce qui est accordé au concessionnaire et ce

[399] L'art. 39 III LChf confère aux concessionnaires une immunité de police ; dans ce sens, AUBERT, I, Nos 724 ss.

[400] GRISEL, p. 148, 226.

qui est exigé de lui [401]. Les avantages conférés au titulaire de la concession et les charges qui lui sont imposées sont donc dans un certain *équilibre financier.*

Or, dans le système de la concession, le service public fait l'objet d'une gestion capitaliste, dont les impératifs ne se concilient pas toujours avec les caractéristiques de l'activité concédée. En effet, le concessionnaire doit, à tout le moins, être en mesure d'équilibrer les charges et les produits de son entreprise s'il entend poursuivre son activité ; cette exigence d'ordre économique n'est pas forcément compatible avec les particularités du service public, notamment en ce qui concerne les principes de continuité et de libre accession. Seul le fait de reconnaître au concessionnaire un *droit à l'équilibre financier* de sa concession permet de concilier les exigences découlant du mode de gestion d'une part et celles dues à la qualité de service public de l'activité concédée d'autre part [402]. Certes, le droit à l'équilibre financier reconnu au concessionnaire ne peut être absolu. En effet, en décidant de se charger de l'exploitation d'un service public, le concessionnaire a accepté un certain risque, comme d'ailleurs n'importe quel particulier qui devient entrepreneur ; de plus, l'autorité, lorsqu'elle lui accorde une concession, ne lui garantit nullement qu'il réalisera régulièrement et à coup sûr des bénéfices. « L'idée de l'équilibre financier doit donc être combinée avec une autre : celle qu'il y a, dans tout contrat de concession, un *aléa normal* à l'intérieur duquel les prévisions des parties ne sont pas déjouées. » [403] En d'autres termes, l'aléa normal peut être défini comme l'inconnue que comporte toute entreprise du genre de celle qui fait l'objet d'une concession ; il est supporté par le concessionnaire, car il ne porte pas atteinte, à proprement parler, à l'équilibre financier de la concession de service public.

En droit français, on distingue deux sortes d'atteintes possibles à l'équilibre financier de la concession tel qu'il existait au moment de son octroi : celles qui sont dues à une intervention de l'autorité concédante et celles qui ont leurs origines dans la modification de faits extérieurs, non imputables à l'administration [404]. Les premières, en application de la théorie du *fait du Prince,* donnent droit au concessionnaire, dans certaines conditions, à être intégralement indemnisé ; les secondes ne donnent lieu, selon la *théorie de l'imprévision,* qu'à une compensation partielle [405].

---

[401] De Laubadère, I, p. 319 ; Duez et Debeyre, p. 802 ss. ; Waline, p. 728.

[402] Vedel, p. 630 ; le droit à l'équilibre financier a par ailleurs été consacré par la jurisprudence du Conseil d'Etat.

[403] Vedel, p. 630 ; dans le même sens, de Laubadère, I, p. 328.

[404] De Laubadère, I, p. 323 ss. ; Vedel, p. 631 ss. ; Waline, p. 728 ss.

[405] Vedel, p. 630 ; Grisel, p. 148.

661.1. *La théorie du fait du Prince*

On désigne par *fait du Prince* « toute mesure édictée par les pouvoirs publics et ayant pour conséquence de rendre plus difficile et plus onéreuse l'exécution du contrat par le contractant » [406] ; en d'autres termes, il a pour effet de rompre l'équilibre financier de la concession en alourdissant les obligations et les charges incombant au concessionnaire.

Selon la théorie du *fait du Prince,* le concessionnaire peut demander à être indemnisé intégralement des conséquences économiques résultant des mesures prises par l'administration [407] ; il faut toutefois que ces dernières émanent de l'autorité concédante [408]. Le concessionnaire peut être atteint soit directement, par exemple lorsque l'autorité concédante exige de lui des obligations nouvelles ou modifie les conditions de fonctionnement du service public [409], soit indirectement, lorsque sa situation est aggravée par une mesure ne touchant pas au fonctionnement de la concession proprement dit, mais qui l'influence par répercussion. Dans ce dernier cas toutefois, il ne doit pas s'agir d'une mesure de portée générale, s'appliquant à tous les citoyens de manière égale [410], mais au contraire, elle doit frapper tout particulièrement le concessionnaire [411] et de manière imprévue [412]. Ces conditions étant réalisées, le concessionnaire est en droit d'exiger une indemnisation intégrale, de manière à ce que l'équilibre financier de la concession soit rétabli.

661.2. *La théorie de l'imprévision*

L'équilibre financier de la concession peut également être bouleversé [413] par la survenance de faits extérieurs imprévisibles [414], indépendants de la

---

[406] De Laubadère, I, p. 324 ; dans le même sens, Duez et Debeyre, p. 570.

[407] De Laubadère, I, p. 325 ss. ; Waline, p. 729.

[408] De Laubadère, I, p. 325. Les mesures prises par une autre autorité peuvent, en revanche, tomber sous le coup de la théorie de l'imprévision.

[409] Par exemple, l'autorité concédante exige du concessionnaire qu'il double le nombre des courses sur les lignes de chemin de fer qu'il exploite.

[410] Par exemple, des mesures fiscales ou sociales nouvelles alourdissent les charges de tous les entrepreneurs, quels qu'ils soient.

[411] Vedel, p. 631 ; Duez et Debeyre, p. 572 ; de Laubadère, I, p. 325.

[412] Waline, p. 729.

[413] Il ne suffit pas, pour qu'il puisse être fait application de la théorie de l'imprévision, que l'équilibre financier de la concession soit perturbé passagèrement ; au contraire, il faut qu'il fasse l'objet d'un véritable bouleversement et que ce dernier aboutisse à un déficit chronique.

[414] Cf. de Laubadère, I, p. 328 ; Vedel, p. 633 ; Waline, p. 733. Seuls peuvent être pris en considération les *aléas extraordinaires,* savoir ceux qui présentent un caractère

volonté du concessionnaire [415] et de l'autorité concédante et qui alourdissent de manière insupportable les obligations et les charges du concessionnaire [416]. Ainsi, par exemple, dans le domaine des transports, l'augmentation du coût d'exploitation et le développement imprévisible des moyens de transports privés (automobiles, etc.) ont mis gravement en péril l'économie des entreprises concessionnaires. Il en résulte pour le concessionnaire un déficit d'exploitation qu'il n'est pas en mesure de supporter indéfiniment, sous peine d'être acculé inexorablement à la faillite ; or, il est inconcevable de suspendre l'exploitation d'un service public, en raison de l'intérêt général qu'il représente pour la collectivité.

Deux solutions peuvent être envisagées pour remédier à cette situation. La première consisterait pour le concessionnaire à réduire ses prestations pour rentabiliser son entreprise ; ainsi, par exemple, le concessionnaire de transport n'exploiterait plus que les lignes rentables et n'assurerait que les courses suffisamment fréquentées par les voyageurs ; cette solution doit cependant être écartée lorsqu'elle est contraire au principe de la continuité de l'exploitation du service public et à l'intérêt public.

La deuxième aurait pour objet d'accorder au concessionnaire des ressources financières supplémentaires en l'autorisant à augmenter ses tarifs, de manière à lui permettre d'équilibrer le budget de son entreprise ; toutefois, la plupart du temps, l'augmentation devrait être telle que l'on aboutirait à interdire l'accès du service public aux usagers qui n'ont pas de moyens financiers suffisants : un tel résultat serait contraire au principe d'égalité des administrés devant le service public. Pour cette raison, cette solution n'est que partiellement applicable. En outre, une majoration exagérée des tarifs aurait également pour effet de faire diminuer la fréquentation et le nombre des usagers et, partant, d'augmenter encore le déficit du concessionnaire. Il n'est donc possible de faire supporter aux utilisateurs du service public qu'une minime partie du déficit d'exploitation, en augmentant modérément les tarifs.

Face à une telle situation, et comme le maintien de l'exploitation des services publics est prioritaire, voire vitale pour le pays ou l'une de ses

---

anormal et imprévisible au moment de l'octroi de la concession ; font notamment partie de cette catégorie les guerres, les crises économiques, les hausses importantes des coûts d'exploitation du service public.

[415] Le concessionnaire ne peut prétendre être indemnisé pour des pertes et des déficits qu'il a lui-même provoqués par une gestion déficiente.

[416] Peuvent également tomber sous le coup de la théorie de l'imprévision les modifications des conditions d'exécution de la concession, provoquées par des mesures prises par une autre autorité que celle qui a accordé la concession ; par exemple, mesures de blocage des prix interdisant l'augmentation des tarifs, institution de lourdes taxes sur les matières premières utilisées par le concessionnaire, etc. ; cf., à ce sujet, VEDEL, p. 636 ; DE LAUBADÈRE, I, p. 325.

régions, la seule solution consiste à faire supporter à l'Etat (et par conséquent à l'ensemble des administrés) la majeure partie du déficit [417] résultant de l'exploitation des services publics devenus non rentables ; sans cette aide financière étatique, l'entreprise du concessionnaire ne pourrait survivre qu'en réduisant la fréquence, la quantité et la qualité de ses prestations : autrement dit, cela reviendrait à dénier la qualité de service public à l'activité concédée au particulier. Toutefois, les conséquences juridiques de l'état d'imprévision ne peuvent être que temporaires ; dès que la rupture de l'équilibre financier apparaît définitivement, la corporation publique n'est plus tenue d'indemniser le concessionnaire : la concession doit alors être résiliée ou revisée [418].

662. *Le droit à l'équilibre financier en droit suisse*

La loi fédérale sur les chemins de fer du 20 décembre 1957 contient, à son chapitre VI, un certain nombre de dispositions qui s'inspirent incontestablement des principes que nous venons d'énoncer. Pour cette raison, il nous paraît intéressant de les analyser ci-après.

Les dispositions du chapitre VI (art. 49 à 55) de la loi fédérale sur les chemins de fer ont pour objet l'indemnisation par la Confédération des entreprises de chemins de fer [419], de navigation [420], de transport par automobiles et par trolleybus [421] du trafic général, titulaires d'une concession, pour les désavantages financiers résultant de leurs prestations en faveur de l'économie et de charges étrangères à leur exploitation [422], en tant qu'elles leur sont imposées (par la loi, les concessions ou de toute autre manière) [423].

Seules les entreprises du trafic général peuvent prétendre à une indemnisation. Sont réputés chemins de fer du trafic général « les lignes ou tronçons de lignes d'entreprises suisses a) sur lesquels des voyageurs ou des marchandises sont transportés régulièrement pendant toute l'année en vertu de la loi, de la concession ou d'autres engagements ou encore en raison d'un besoin de

---

[417] Seul le déficit est pris en considération ; il ne saurait être tenu compte, par exemple, du manque à gagner.

[418] De Laubadère, I, p. 331 ss. ; Vedel, p. 635.

[419] Le chapitre VI de la loi est également applicable aux entreprises de chemins de fer à crémaillère, de tramways et de funiculaires du trafic général ; art. 51 V de la loi.

[420] Art. 95 I LChf.

[421] Art. 95 II LChf.

[422] Voir à ce sujet les exemples de charges étrangères à l'exploitation, dans *FF* 1970, II, p. 84, Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale à l'appui d'un projet d'arrêté fédéral sur l'indemnisation des CFF pour leurs prestations en faveur de l'économie générale.

[423] Art. 49 LChf.

transport public, principalement dans l'intérêt de localités habitées l'année entière, et b) qui sont importants pour le trafic du pays ou pour l'une de ses régions. Les chemins de fer servant surtout au trafic local ou touristique n'entrent pas en considération » [424]. En plus de ces conditions, une entreprise de navigation concessionnaire doit établir des communications quotidiennes entre des localités suisses non desservies en suffisance par un autre moyen de transport public [425], pour être considérée comme relevant du trafic général. L'indemnisation est également accordée aux entreprises concessionnaires d'autobus et de trolleybus assurant des prestations comparables à celles des chemins de fer du trafic général et qui transportent sur leurs lignes des travailleurs et des écoliers munis d'abonnement [426].

Les prestations en faveur de l'économie générale sont notamment celles qui résultent des obligations caractéristiques des services publics (obligation d'exploiter, de transporter, d'observer des tarifs et de fixer des horaires) et « de mesures relatives aux tarifs et à l'exploitation qui tiennent particulièrement compte des besoins économiques, sociaux et culturels, en tant qu'il s'agit de prestations qu'une exploitation selon les principes purement commerciaux ne permettrait pas d'assurer sans compensation correspondante » [427].

En d'autres termes, c'est avouer que les exigences découlant du mode de gestion capitaliste adopté dans le système de la concession ne sont pas toujours conciliables avec les caractéristiques résultant de la qualité de service public de l'activité concédée. Reconnaître au concessionnaire le droit à une indemnisation pour ses prestations en faveur de l'économie générale (lorsqu'elles ne peuvent plus être assumées uniquement par lui en vertu des impératifs d'une gestion obéissant aux principes commerciaux [428]), c'est admettre qu'il possède un droit à l'équilibre financier de sa concession [429]. Nous ne

---

[424] Art. 1 de l'ordonnance d'exécution des chapitres VI et VII de la loi fédérale sur les chemins de fer, du 19 décembre 1958 (RS 742.101.1) ; voir également RO 93 I 483.

[425] Art. 2 de l'ordonnance citée à la note 424 ci-dessus.

[426] Art. 2 bis et 28 de l'ordonnance citée aux notes 424 et 425 ci-dessus.

[427] Art. 50 LChf ; cf. également RO 93 I 483.

[428] Les principes d'une gestion commerciale exigeraient, par exemple, que le concessionnaire désaffecte les lignes non rentables et diminue le nombre et la fréquence de ses courses en les limitant à celles qui sont financièrement intéressantes ; or, nous l'avons déjà relevé, cette solution reviendrait à renoncer à la qualité de service public des transports par chemins de fer, bateaux, autobus et trolleybus.

[429] Une solution consisterait naturellement à accorder au concessionnaire des avantages correspondants : par exemple, l'autorité concédante l'autoriserait à adapter ses tarifs dans une mesure telle qu'elle lui permette à tout le moins d'équilibrer les finances de son entreprise. Toutefois, l'augmentation devrait être telle qu'elle aboutirait à interdire l'accès au service public aux usagers qui n'ont pas de moyens suffisants : cela serait contraire au principe d'égalité des administrés devant le service public.

nous étendrons pas ici sur la manière de calculer l'indemnisation ; nous dirons simplement qu'elle se fonde sur le transport des travailleurs et des écoliers, sur l'importance du marché des transports et sur les investissements dans les voies de communication [430] ; les avantages sans rapport direct avec l'exploitation de l'entreprise doivent être portés en compte et sont donc déduits [431].

On ne trouve pas de dispositions semblables à celles du chapitre VI de la loi sur les chemins de fer dans le domaine des transports par aéronefs et dans celui des services industriels. Est-ce à dire qu'on ne doit pas reconnaître de droit à l'équilibre financier aux concessionnaires de lignes aériennes régulières et aux titulaires de concessions de distribution d'eau, de gaz et d'électricité ? Certes non. Au fond, le problème ne s'est tout simplement pas posé, du moins à ce jour, parce que dans le domaine des services industriels comme dans celui de la navigation aérienne, les concessionnaires sont toujours parvenus à rentabiliser leur exploitation, voire à réaliser des bénéfices. Dans ces conditions, il est compréhensible que la question de l'équilibre financier n'ait préoccupé ni l'autorité concédante, ni le titulaire d'une concession. Cependant, il ne fait pour nous aucun doute qu'un droit à l'équilibre financier doit également être reconnu aux titulaires de concessions de navigation aérienne ou de distribution d'eau, de gaz et d'électricité ; le cas échéant, il faudra préciser dans la législation quelles sont les entreprises qui pourront demander une indemnisation et dans quelles conditions cette dernière leur sera accordée.

663. *Les dispositions du chapitre VII de la loi fédérale sur les chemins de fer*

Les dispositions du chapitre VII (art. 56 à 61) ont pour objet des mesures d'aide et de développement aux entreprises de chemins de fer, de navigation [432], de trolleybus et de transport par automobiles [433]. Elles ne fondent pas à proprement parler le droit à l'équilibre financier du concessionnaire ; elles n'y sont cependant pas tout à fait étrangères, raison pour laquelle nous en parlerons brièvement dans ce paragraphe. En vertu de l'article 56 de la loi, la Confédération peut accorder des contributions ou des prêts aux entreprises

---

[430] Cf. art. 51 I LChf et 4 de l'ordonnance d'exécution des chapitres VI et VII de ladite loi : voir également l'analyse de cette réglementation dans le message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant une modification de la loi sur les chemins de fer, dans *FF* 1972, I, 1614 ss.

[431] Cf. art. 49 LChf.

[432] En vertu de l'art. 95 I, le chapitre VII de la loi fédérale sur les chemins de fer est applicable aux entreprises de navigation titulaires d'une concession fédérale.

[433] En vertu de l'article 95 II, les art. 56, 58, 60 et 61 du chapitre VII de la loi fédérale sur les chemins de fer sont applicables aux entreprises de transport par trolleybus et par automobiles du trafic général.

de chemins de fer, de navigation, de trolleybus et de transport par automobiles importantes pour le trafic général pour leur permettre d'acquérir des véhicules ou d'établir et de compléter leurs installations, s'il est possible, par ce moyen, d'augmenter sensiblement le rendement et la sécurité de l'exploitation [434].

De même, la Confédération peut encourager l'organisation de services de transports routiers doublant ou remplaçant les chemins de fer, si, de cette manière, le trafic est assuré de manière plus économique [435]. Elle peut également venir en aide aux chemins de fer obérés titulaires d'une concession et indispensables au trafic général [436] ; il appartient à l'entreprise de prouver que ses recettes ne couvrent pas les dépenses d'exploitation et les amortissements [437] ; l'aide est accordée sous forme de subvention ou sous forme de prêts à court terme, ne portant pas intérêts [438].

La Confédération n'est pas tenue d'assumer seule l'aide financière qu'elle décide de fournir aux entreprises de transport qui en ont besoin ; les cantons doivent y participer [439]. Cette participation est fixée entre 30 et 70 % de l'aide fournie aux entreprises par la Confédération en vue de l'amélioration technique et du maintien de leur exploitation [440] et, en règle générale, à 30 % de l'aide fédérale pour l'adoption d'un autre moyen de transport [441]. Si plusieurs cantons doivent participer financièrement, la part de chacun d'entre eux est fixée d'après le nombre de stations situées sur son territoire et leur importance pour le trafic et d'après la longueur du tronçon exploité dans le canton [442]. Il appartient aux cantons de déterminer s'ils entendent exiger des

---

[434] L'art. 56 II précise que la Confédération peut encourager notamment le changement du système de traction, l'aménagement ou la suppression de passages à niveau sur des routes publiques ainsi que d'autres mesures destinées à augmenter la sécurité du trafic sur le rail et la route, lorsque les dispositions à prendre entraîneraient pour le chemin de fer des frais démesurés, l'établissement ou l'amélioration de jonctions entre chemins de fer, ainsi que, dans l'intérêt du trafic direct, la jonction de chemins de fer suisses avec des chemins de fer étrangers.

[435] Le service de transport doit néanmoins être assuré de la même manière qu'auparavant et offrir les mêmes avantages.

[436] Art. 58 I LChf.

[437] Art. 58 II LChf.

[438] Art. 58 IV LChf. L'aide de la Confédération peut être soumise à des conditions ; en particulier, l'entreprise peut être astreinte à prendre toute mesure pour assainir sa situation financière, y compris préparer le changement de moyen de transport.

[439] Art. 60 I LChf.

[440] Art. 60 II LChf.

[441] Art. 60 III LChf.

[442] Art. 60 IV LChf.

contributions de la part des communes ou d'autres corporations de droit public [443].

L'aide financière [444] de la corporation publique se fonde essentiellement sur l'intérêt général de la collectivité à l'existence et au maintien de services de transport suffisants et à la recherche de leur rentabilité optimale. On pourrait alors se demander s'il ne conviendrait pas mieux que l'Etat, au lieu d'accorder des contributions financières à des entrepreneurs privés, assume directement l'exploitation des transports déficitaires. En fait, un tel choix relève de la politique ; il ne nous appartient donc pas de nous prononcer sur ce point dans le cadre de ce travail. Nous ferons toutefois remarquer qu'il n'est pas évident qu'une gestion par l'Etat améliore la situation financière des entreprises déficitaires ; il n'y a qu'à songer à celle des Chemins de fer fédéraux !

Aucune disposition semblable n'existe dans le domaine des concessions de navigation aérienne et de distribution d'eau, de gaz et d'électricité : en effet, pour l'instant, les concessionnaires sont toujours parvenus à rentabiliser leur exploitation ou à assumer eux-mêmes leur déficit. Il n'est cependant pas exclu que l'Etat ne doive, un jour, leur venir en aide.

---

[443] Art. 60 V LChf ; pour le canton de Vaud, cf. décret du 16 mai 1967 fixant la participation de l'Etat et des communes à l'aide aux entreprises de chemins de fer, de navigation et de transport par automobiles obérées.

[444] Sur les conditions et les modalités de l'aide financière de la Confédération et des cantons, cf. ordonnance du 19 décembre 1958 d'exécution des chapitres VI et VII de la loi fédérale sur les chemins de fer (742.101.1) et ordonnance du 3 mars 1975 concernant l'exécution de l'article 60 de la loi fédérale sur les chemins de fer (RS 742.101.2).

7. La fin de la concession

71. L'écoulement du temps

L'écoulement de la durée de validité de la concession est la cause normale de la fin des rapports juridiques entre l'autorité concédante et le concessionnaire. Nous avons déjà vu que cette durée variait suivant le service public concédé et, souvent, d'une concession à l'autre, puisqu'il s'agit en fait de l'un des éléments contractuels des relations entre les parties à l'acte [445].

L'écoulement de la durée de validité comme cause d'extinction n'est expressément prévu que dans un seul texte légal, soit à l'article 6, lettre b) de la loi fédérale sur les chemins de fer ; il est évident cependant que l'expiration de la validité est une cause d'extinction s'appliquant à tous les services publics concédés. Que va-t-il se passer à l'échéance de la concession ?

711. *Le concessionnaire demande le renouvellement de sa concession*

Certains textes légaux prévoient un délai de préavis durant lequel le concessionnaire doit déposer sa demande de renouvellement ; sa durée varie : il est de trois mois pour les concessions de transport par automobiles [446], de six mois pour les concessions de navigation intérieure [447], de deux mois pour les concessions de transport par trolleybus [448]. A défaut de dispositions légales, les concessions de distribution d'électricité stipulent également que le

---

[445] Voir à ce sujet ch. 4.

[446] Art. 17 b de l'ordonnance sur les concessions de transport par automobiles.

[447] Art. 11 I de l'ordonnance concernant la navigation soumise à concession ou à autorisation.

[448] Art. 1 II de l'ordonnance d'exécution de la loi fédérale sur les entreprises de transport par trolleybus.

concessionnaire doit faire connaître, à l'avance, son intention d'en demander le renouvellement ; le délai qu'il doit respecter est généralement, dans le canton de Vaud, de trois ans [449].

De même qu'il n'a pas droit à l'octroi d'une concession, le concessionnaire ne peut prétendre à son renouvellement [450]. L'ordonnance sur les concessions de transport par automobiles, à son article 11, précise d'ailleurs expressément que les requêtes en renouvellement sont appréciées de la même manière et selon des critères identiques que les demandes de concessions. Le concessionnaire ne bénéficie donc d'aucun droit découlant de la titularité précédente d'une concession de transport par automobiles qui est venue à échéance. La situation d'une entreprise concessionnaire de chemin de fer ou de navigation intérieure est identique ; sa demande de renouvellement est examinée comme s'il s'agissait de l'octroi d'une nouvelle concession [451]. Les mêmes principes sont d'ailleurs applicables au renouvellement de toutes les concessions de service public.

Le Tribunal fédéral, dans des décisions relatives à l'utilisation du domaine public, a expressément confirmé qu'il n'y avait pas, pour leur titulaire, de droit au renouvellement, après expiration, des autorisations ou des concessions [452] d'usage accru ; en particulier, la liberté du commerce et de l'industrie [453] ne saurait être invoquée à l'appui d'une requête d'octroi d'une concession [454]. Ces décisions jurisprudentielles sont applicables sans autre aux concessions de service public, puisqu'elles ont également pour objet l'exercice d'un droit monopolisé en faveur de l'Etat. Certes, la concession confère bien à son titulaire le droit acquis d'exploiter le service public ; ce droit s'éteint toutefois à l'expiration de la durée de validité de la concession, et ne saurait être invoqué à l'appui d'une demande de renouvellement. La voie du recours de droit administratif au Tribunal fédéral n'est pas ouverte contre le refus de

---

[449] C'est le cas notamment des concessions octroyées à la CVE et aux Services industriels lausannois.

[450] Voir à ce sujet ch. 33.

[451] Cf. art. 9 de l'ordonnance concernant la navigation soumise à concession ou à autorisation et 5 LChf ; voir également, par exemple, le message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant l'octroi de nouvelles concessions pour les chemins de fer du Gornergrat et Arth-Rigi, dans *FF* 1971, II, p. 349 ss.

[452] RO 58 I 298 = JT 1933 I 282 (rés.) ; RO 79 I 336 ; RO 81 I 18 ; voir également, dans le même sens, une décision du Conseil fédéral à propos d'une concession de production et de distribution d'énergie électrique, dans *ZBl* 1961, p. 341 ss. et IMBODEN, *Verwaltungsrechtsprechung*, II, N° 424, remarque III.

[453] Article 31 Cst.

[454] GRISEL, p. 300 et la jurisprudence citée par cet auteur.

l'autorité compétente de procéder au renouvellement d'une concession [455] relevant du droit fédéral.

De même, le concessionnaire qui voit sa concession s'éteindre par l'écoulement du temps ne bénéficie, en principe, d'aucun droit de préférence par rapport à celui qui requiert une concession pour la première fois ; en présence de plusieurs requérants, réalisant les conditions d'octroi de la concession, l'autorité compétente doit se demander lequel d'entre eux paraît le mieux à même de satisfaire les besoins des administrés durant la nouvelle période. Si l'administration arrive à la conclusion que l'un des requérants, fût-ce le nouveau, va mieux exploiter le service public que l'autre, c'est alors à celui-là qu'elle doit donner la préférence ; en effet, la concession doit être octroyée à la personne qui offre la meilleure garantie de satisfaction des obligations découlant des textes légaux et des clauses de la concession. En revanche, si les deux requérants (l'ancien et le nouveau) paraissent aussi aptes l'un que l'autre à exploiter le service public, l'autorité concédante doit donner la priorité à l'ancien concessionnaire ; en ce cas, l'administration n'a pas de motif valable pour changer de partenaire. Cette manière de voir découle également du principe d'égalité de traitement et de la proportionnalité ; en effet, le refus d'accorder une concession à un nouveau requérant entraîne moins de résultats dommageables que le non-renouvellement d'une concession arrivant à échéance.

Il se peut naturellement que le texte même de la concession contienne une disposition spéciale concernant son renouvellement ou sa prolongation ; de telles clauses n'existent pas, à notre connaissance, dans les textes de concessions de transport par chemins de fer, par automobiles, trolleybus, bateaux ou aéronefs. En revanche, nous en avons trouvé dans certaines concessions de distribution d'eau, de gaz et d'électricité ; ces clauses prévoient, en substance, que si l'autorité concédante ne déclare pas, dans un certain délai, refuser de procéder au renouvellement et le concessionnaire renoncer à l'exploitation du service public, la concession est, *ipso facto,* renouvelée pour un laps de temps déterminé. La concession est donc remise tacitement en vigueur, pour la période prévue [456].

---

[455] Art. 99 d OJF.

[456] La période pour laquelle la concession est renouvelée est généralement assez courte : un an, deux ou cinq ans. Nous n'avons trouvé qu'une concession de distribution de gaz se renouvelant pratiquement pour une période identique à sa durée de validité initiale (cf. Convention du 29 juin 1963 entre les communes de Vevey, Chardonne, Jongny, Corseaux, Corsier, La Tour-de-Peilz, Montreux et Veytaux et la Compagnie du Gaz et du Coke S. A., Vevey).

712. *Le concessionnaire renonce à demander le renouvellement de sa concession ou celle-ci n'est pas renouvelée*

A l'expiration de la durée de validité de la concession, le concessionnaire ne peut plus exploiter le service public.

Dans les cas où une tacite reconduction est prévue, il faudra naturellement que le concessionnaire manifeste clairement sa volonté de renoncer désormais à l'exploitation du service public concédé, faute de quoi la concession sera prolongée d'office pour la durée prévue par elle. Les concessions de distribution de gaz et d'électricité prévoient généralement expressément qu'à l'expiration de sa durée de validité et sauf rachat par l'autorité concédante, l'entreprise concessionnaire est tenue d'enlever, à ses frais, du domaine public toutes les installations devenues superflues et de rétablir les lieux en l'état antérieur. Il en est de même en ce qui concerne les installations des entreprises de transport établies sur le domaine public ; nous pensons plus particulièrement aux rails de chemins de fer, aux lignes électriques de contact, aux constructions portuaires et aux débarcadères. Certains textes de concessions rappellent d'ailleurs expressément l'obligation du concessionnaire de procéder à l'enlèvement des installations électriques édifiées au-dessus du domaine public ; c'est le cas notamment de nombreuses concessions de transport par trolleybus [457]. Si l'entreprise concessionnaire ne satisfait pas à ses engagements, l'autorité compétente pourra faire procéder, aux frais de l'intéressé, à l'enlèvement des installations désormais inutiles [458]. Nous n'avons trouvé, ni dans les dispositions légales, ni dans les textes de concessions, de dispositions prévoyant le retour [459] au concédant des installations du concessionnaire de service public.

72. **Le rachat**

Une deuxième cause d'extinction de la concession est constituée par l'acquisition de l'entreprise du concessionnaire par l'autorité concédante, pendant la durée de validité de la concession [460]. Pour pouvoir être exercé,

---

[457] Cf., par exemple, les art. 17 de la concession du 18 septembre 1972 accordée au Service communal des transports de la Ville de Lugano (RT 1972, p. 328), 16 de la concession du 28 décembre 1971 octroyée aux Transports municipaux de la Ville de Berne (RT 1971, p. 480), et 16 de la concession du 23 décembre 1968 accordée aux Transports en commun de la Ville de Fribourg S. A. (RT 1968, p. 411).

[458] Cf. notre ch. 572.1.

[459] Contrairement au droit de rachat, le droit de retour, lorsqu'il existe, ne peut s'exercer qu'à l'expiration de la durée de validité de la concession.

[460] GRISEL, p. 149.

le droit de rachat doit être prévu soit par une disposition légale, soit par une clause de la concession ; il n'a donc pas besoin de reposer sur une base légale expresse [461]. Toutefois, le droit de rachat de la collectivité publique fait l'objet de certaines dispositions légales ; c'est le cas notamment aux articles 6 et 75 et suivants de la loi fédérale sur les chemins de fer et 31 de la loi fédérale sur la navigation aérienne. L'article 75 de la loi fédérale réserve en principe l'exercice du droit de rachat à la Confédération ; toutefois, dans la mesure où la concession le prévoit, il peut appartenir également aux cantons et aux communes [462]. Quant à l'article 31 de la loi fédérale sur la navigation aérienne, il confère à la Confédération le droit d'acquérir « une entreprise suisse bénéficiant d'une concession générale du droit d'exploiter, aux conditions prévues dans la concession » ; pratiquement, en l'état actuel des choses, cette disposition ne s'applique qu'à la Swissair, unique entreprise suisse de transports aériens titulaire d'une concession générale du droit d'exploiter [463].

En l'absence de dispositions légales, il appartient aux concessions de prévoir un droit de rachat en faveur de l'autorité concédante. Parmi les concessions de distribution d'eau, de gaz et d'électricité que nous avons consultées, peu d'entre elles stipulaient un droit de rachat en cours de validité [464] ; en revanche, la commune concédante a généralement la faculté de procéder au rachat des installations de distribution après l'échéance de la concession. Dans cette hypothèse, ce droit de rachat ne constitue pas une cause d'extinction de l'acte de concession.

Seule la loi fédérale sur les chemins de fer précise en détail les modalités d'exercice du droit de rachat [465] ; dans les autres cas, il appartient naturelle-

---

[461] RO 81 I 87 = JT 1956 I 315 (rés.).

[462] Cf., par exemple, l'art. 14 de la concession du 3 décembre 1968 pour l'exploitation du Schweizerische Südostbahn qui prévoit un droit de rachat en faveur des cantons de Zurich, Schwytz et de Saint-Gall (RT 1968, p. 362), l'art. 14 de la concession du 29 septembre 1969 pour l'exploitation du chemin de fer Solothurn-Münster qui prévoit un droit de rachat en faveur des cantons de Soleure et de Berne (RT 1969, p. 391), l'art. 13 de la concession du 16 mars 1972 pour l'exploitation du chemin de fer du Gornergrat qui réserve un droit de rachat à la commune de Zermatt (RT 1972, p. 221), l'art. 14 de la concession du 18 décembre 1972 pour l'exploitation du chemin de fer Aigle-Leysin qui prévoit un droit de rachat en faveur du canton de Vaud (RT 1972, p. 397), l'art. 13 de la concession du 23 mai 1973 pour l'exploitation du chemin de fer Lausanne-Echallens-Bercher qui stipule un droit de rachat en faveur du canton de Vaud et de la commune de Lausanne (RT 1973, p. 310).

[463] Cf. également art. 27 II LNA.

[464] C'est le cas, par exemple, de la concession type liant de nombreuses communes vaudoises avec la CVE.

[465] Voir art. 75 à 79 LChf.

ment aux concessions de les déterminer ou aux parties à l'acte de s'entendre sur ce point [466]. Généralement, et sauf stipulation contraire, le rachat porte sur toutes les installations du concessionnaire qui ont un rapport avec l'exploitation du service public concédé. Le rachat n'a généralement pas lieu gratuitement ; le concessionnaire a droit au paiement d'une juste indemnité. Certaines concessions déterminent à l'avance, quelquefois avec une extrême précision, la manière de calculer l'indemnité de rachat due au concessionnaire [467] ; d'autres, au contraire, n'énoncent aucune règle, laissant le soin aux parties de s'entendre entre elles sur ce point [468]. En vertu de clauses compromissoires contenues dans certaines concessions, il appartient parfois à un tribunal arbitral [469] de fixer, en cas de litige entre le concessionnaire et la collectivité publique qui procède au rachat, le montant de l'indemnité ; le recours à des experts est quelquefois réservé.

73. **Le transfert de la concession**

Bien que l'on puisse discuter la question de savoir si le transfert doit être compté parmi les causes d'extinction de la concession, nous le considérerons comme tel puisqu'il met fin aux rapports juridiques entre un concessionnaire déterminé et la collectivité publique concédante.

731. *Le transfert des concessions de transport*

Le transfert de la concession à un nouveau titulaire est prévu dans de nombreux textes légaux ; il en est ainsi à l'article 9 de la loi fédérale sur les chemins de fer, 14 de l'ordonnance sur les concessions de transport par automobiles, 6 de la loi fédérale sur les entreprises de trolleybus, 11 de l'ordonnance concernant la navigation soumise à concession et à autorisation et, enfin, à l'article 32 de la loi fédérale sur la navigation aérienne.

Certaines concessions contiennent une clause relative à leur transfert ; c'est le cas d'un certain nombre de concessions de transport par automobiles,

---

[466] Cf., par exemple, art. 17 de la concession du 19 décembre 1966 accordée à la Swissair, dans RT 1966, p. 387.

[467] Cf., par exemple, la convention du 15 octobre 1954 entre les communes de Corseaux, Corsier, La Tour-de-Peilz, Montreux, Vevey et Veytaux et la SRE.

[468] Par exemple, le texte type de concession de la CVE.

[469] Sa compétence peut être générale ou limitée à ce point précis.

trolleybus [470], par bateaux [471] et de la concession de lignes aériennes régulières de la Swissair [472] et de l'ALAG [473]. En revanche, nous n'avons pas trouvé trace d'une disposition semblable dans le texte des concessions de chemins de fer et de tramways : cela n'empêche naturellement pas le transfert de s'opérer, aux conditions prévues par la loi. De même, dans le domaine de la distribution de l'eau, du gaz et de l'électricité, le transfert de la concession n'est prévu ni par les textes légaux lorsqu'ils existent, ni par les concessions. Au contraire, nous avons trouvé, dans nos recherches, un texte prévoyant expressément l'incessibilité de la concession [474]. Néanmoins, si les parties parviennent à s'entendre, rien ne s'oppose au transfert d'une concession de distribution à une tierce personne.

Le transfert de la concession ne peut intervenir sur la seule décision du concessionnaire ; c'est généralement l'autorité compétente [475] qui y procède, sur demande du concessionnaire [476]. Dans les cas où le concessionnaire négocie directement avec le tiers, la convention de transfert doit être approuvée par l'autorité compétente pour être valable juridiquement [477].

Le fait que le concessionnaire ne peut transférer librement à un tiers la concession dont il est titulaire se justifie aisément ; en effet, l'autorité concé-

---

[470] Cf., par exemple, les art. 16 de la concession du 18 octobre 1972 accordée au Service communal des transports de la Ville de Lugano, 15 de la concession du 28 décembre 1971 octroyée aux Transports municipaux de la Ville de Berne, et 15 de la concession du 23 décembre 1968 des Transports municipaux de la Ville de Fribourg.

[471] Cf., par exemple, l'art. 15 de la concession du 20 octobre 1971 pour la navigation sur l'Aegerisee (RT 1971, p. 384) et 14 de la concession du 10 août 1971 pour la navigation sur le lac de Silvaplana (RT 1971, p. 312).

[472] Art. 16 de la concession du 19 décembre 1966 ; RT 1966, p. 387.

[473] Art. 17 de la concession du 19 octobre 1964, non publiée.

[474] Art. 10 de la convention du 29 juin 1963 entre les communes de Vevey, Chardonne, Jongny, Corseaux, Corsier, La Tour-de-Peilz, Montreux et la Compagnie du Gaz et du Coke S. A., Vevey.

[475] Cf. art. 14, 20 de l'ordonnance sur les concessions de transport par automobiles 6 de la loi fédérale sur les entreprises de trolleybus, 11 de l'ordonnance concernant la navigation soumise à concession ou à autorisation, 9 de la loi fédérale sur les chemins de fer.

[476] L'autorité compétente pour procéder au transfert est le Département des transports et communications et de l'énergie pour les concessions de chemins de fer, de trolleybus et de navigation ; l'Office fédéral des transports est compétent pour transférer une concession de transport par automobiles.

[477] Cf. art. 32 LNA. Voir également, par exemple, la décision portant transfert de la concession de navigation sur le Rhône entre Genève et Verbois du 15 juin 1973 (RT 1973, p. 324), et la décision du 16 novembre 1973 sur le transfert de la concession du chemin de fer Zurich-Wetliberg au chemin de fer Sihltal-Zurich-Wetliberg (RT 1973, p. 404).

dante doit s'assurer que le tiers auquel la concession va être transférée offre toutes les garanties nécessaires pour faire fonctionner le service public [478] ; de plus, la concession constitue un acte délivré *intuitu personae*. Si l'autorité refuse de procéder au transfert de la concession ou refuse de ratifier la convention de transfert, le concessionnaire est tenu de poursuivre l'exploitation du service public, comme auparavant. Il vaudra naturellement toujours mieux que l'autorité compétente et le concessionnaire trouvent un terrain d'entente ; il est douteux en effet que le concessionnaire s'acquitte toujours aussi bien de ses obligations, alors qu'il désire justement en être déchargé.

Le refus de l'autorité relatif au transfert d'une concession fédérale ne peut faire l'objet d'un recours de droit administratif au Tribunal fédéral [479] ; en revanche, le recours au Conseil fédéral est ouvert [480].

Certains droits et obligations découlant soit de la loi, soit de la concession peuvent être transférés à des tiers, sans pour autant que la concession elle-même change de titulaire ; il peut s'agir, par exemple, d'une convention conclue entre un concessionnaire de transport et un tiers prévoyant que ce dernier se charge de l'exécution d'un certain nombre de courses prévues à l'horaire, d'un contrat d'affermage [481] d'une ligne déterminée ou encore d'un contrat d'exploitation [482]. Ce genre de conventions peut être négocié et conclu directement par le concessionnaire ; toutefois, pour être valables, elles doivent être approuvées par l'autorité de surveillance [483]. Seule la loi fédérale sur les entreprises de transport par trolleybus institue un régime particulier, en prévoyant qu'il appartient à l'autorité de surveillance, en l'espèce le

---

[478] Au moins doit-il être apte à faire fonctionner le service public aussi bien que le précédent concessionnaire.

[479] Art. 99 d OJF.

[480] Cf. art. 72 a et 74 a LPA.

[481] Ainsi, la ligne de chemin de fer Vevey-Chexbres est prise à bail par les Chemins de fer fédéraux.

[482] Voir, par exemple :

— contrat d'exploitation du 31 mars 1966 entre la Compagnie des transports de Kreuzlingen et environs et la Ville de Constance, RT 1966, p. 262 ;
— contrat du 31 mars 1967 entre la Compagnie du funiculaire Cossonay-Gare - Cossonay-Ville et la Compagnie du chemin de fer Lausanne-Echallens-Bercher concernant l'exploitation du funiculaire de Cossonay-Gare, RT 1967, p. 279 ;
— contrat des 13 et 14 juillet 1966 entre le Chemin de fer de Haute-Argovie et le Chemin de fer Soleure-Niderbipp, RT 1966, p. 254 ;
— Vertrag über gegenseitige Betriebsleistungen zwischen den Verkehrsbetrieben der Stadt St. Gallen und der Autobus AG, Gossau, du 22 juillet 1971, RT 1971, p. 376.

[483] Cf. art. 9 II LChf, 14 II de l'ordonnance sur les concessions de transport par automobiles, 11 III de l'ordonnance concernant la navigation soumise à concession ou à autorisation, 32 II, III LNA et 122 ONA.

Département des transports et communications et de l'énergie, de procéder au transfert de certains droits et obligations découlant de la concession [484].

Malgré le transfert de certains de ses droits et obligations, le concessionnaire continue de répondre de ces dernières vis-à-vis de l'autorité concédante [485] ; cette réglementation est logique, puisqu'en fait le titulaire de la concession ne change pas, mais reste chargé, au contraire, de faire fonctionner, sous sa responsabilité, le service public. Il faut encore souligner qu'avant de procéder au transfert d'une concession ou de ratifier le transfert de certains des droits et des obligations du concessionnaire, l'autorité de surveillance est tenue de consulter les cantons intéressés [486], par quoi il faut entendre ceux dont le territoire est desservi par le moyen de transport concédé ; par ailleurs, la consultation des entreprises publiques de transport dont les intérêts sont en jeu est également prévue par certains textes légaux [487].

732. *Le transfert des concessions de distribution d'eau, de gaz et d'électricité*

Ni les concessions de distribution d'eau, de gaz ou d'électricité, ni les textes légaux y relatifs lorsqu'ils existent ne prévoient le transfert à une tierce personne de certains des droits et des obligations du concessionnaire ; cela n'exclut cependant nullement que de tels transferts ne puissent avoir lieu, avec l'accord de la collectivité publique concédante, bien entendu.

74. Le non-commencement ou le retard dans la construction des installations, le retard dans la mise en exploitation

Ces causes d'extinction de la concession peuvent se rencontrer effectivement dans trois hypothèses : la première, lorsque l'autorité concédante accorde une nouvelle concession pour l'exploitation d'un service public qui

---

[484] Art. 6 de ladite loi.

[485] Cf. art. 6 II de la loi fédérale sur les entreprises de trolleybus, 14 II de l'ordonnance sur les concessions de transport par automobiles, 11 III de l'ordonnance concernant la navigation soumise à concession ou à autorisation, 32 II LNA et 112 II de son ordonnance d'exécution et 9 II LChf.

[486] Art. 9 III LChf et 32 III LNA.

[487] Art. 6 de la loi fédérale sur les entreprises de trolleybus et 112 III ONA.

n'existait pas jusqu'alors [488], la seconde, lorsque l'exploitation d'un service public est étendue et que cette extension implique l'octroi d'une nouvelle concession et la mise en chantier de travaux, la troisième enfin, lorsque intervient une modification dans l'exploitation d'un service public qui nécessite l'octroi d'une nouvelle concession et l'exécution de travaux d'infrastructure et d'équipement [489].

741. *Les concessions de transport*

Le non-commencement ou le retard dans l'achèvement des travaux et dans la mise en exploitation des installations sont expressément prévus comme causes d'extinction de la concession par l'article 6, alinéa 1, lettre a de la loi fédérale sur les chemins de fer ; aucun délai n'étant fixé par la loi elle-même, il appartient par conséquent au texte de concession de le déterminer. L'ordonnance concernant la navigation soumise à concession ou à autorisation prévoit que « les concessions peuvent être abrogées . . . lorsque, pendant une année, le concessionnaire n'a pas fait usage des droits qui lui ont été confiés par la concession » [490]. Quant aux autres textes légaux, ils ne mentionnent pas expressément de telles causes d'extinction de la concession ; cela n'empêchera toutefois pas l'autorité concédante de les introduire dans le texte de la concession. En outre, le non-commencement des travaux et le retard dans la mise en exploitation peuvent de toute manière constituer de justes motifs dont l'autorité peut se prévaloir pour révoquer la concession [491].

Une telle réglementation légale est logique, et ce pour diverses raisons. Tout d'abord, celui qui demande une concession bénéficie souvent d'un monopole ; en effet, même si aucun obstacle juridique ne s'y oppose, il n'est, la plupart du temps, pour des motifs d'ordre économique et financier, pas souhaitable d'accorder plusieurs concessions concurrentes ; les usagers n'ayant ainsi pas la faculté de se procurer ailleurs des prestations identiques, il est important que le concessionnaire de service public soit le plus rapidement possible capable d'exploiter. Ensuite, l'intérêt public que l'autorité de surveillance a pour tâche de sauvegarder exige que la concession ne reste pas lettre morte, mais aboutisse effectivement à l'exploitation d'un service public ; aussi doit-il être possible de décider qu'une concession est caduque, lorsque

---

[488] Par exemple, création d'une nouvelle ligne de transport ou d'un réseau de distribution d'eau, de gaz et d'électricité.

[489] Par exemple, lignes de tramways desservies dorénavant au moyen de trolleybus.

[490] Art. 17 I b de l'ordonnance concernant la navigation soumise à concession ou à autorisation.

[491] Voir, à ce sujet, ch. 572.2 ; voir également art. 16 I de l'ordonnance sur les concessions de transport par automobiles.

les délais pour la mise en exploitation ou le début des travaux ne sont pas respectés, de manière à pouvoir l'accorder à un tiers offrant de meilleures garanties.

Parmi les textes de concessions de transport actuellement en vigueur, peu d'entre eux contiennent une clause fixant des délais pour la mise en chantier ou la mise en exploitation ; cela provient notamment du fait qu'il ne se crée plus guère actuellement d'entreprises de transport par chemins de fer, par trolleybus, par bateaux, par automobiles ou par aéronefs et que l'on n'assiste le plus souvent qu'au renouvellement d'anciennes concessions et à la modification du système d'exploitation d'une ligne déterminée [492]. Les textes de concessions qui contiennent une clause prévoyant des délais précisent généralement que le concessionnaire dispose d'un laps de temps de douze mois, dès la date d'octroi, pour présenter tous les documents requis pour la construction. Dès l'approbation des plans, un nouveau délai d'un an est accordé pour la mise en chantier des travaux ; enfin, la ligne doit généralement être mise en service douze mois après le commencement des travaux [493].

Seule, parmi les textes que nous avons consultés, la concession du 14 juillet 1956 pour un service de trolleybus Vevey-Montreux-Chillon-Villeneuve prévoit des délais différents [494]. Les délais stipulés dans les concessions peuvent naturellement être prolongés par l'autorité de surveillance, sur demande du titulaire [495]. Passé ces délais et sans prolongation, la concession s'éteint de plein droit.

742. *Les concessions de distribution d'eau, de gaz et d'électricité*

Les concessions de distribution d'eau, de gaz et d'électricité ne contiennent pas de délai, tant pour la mise en chantier des travaux que pour l'exploitation des installations de distribution. Cela provient sans aucun doute du fait qu'un réseau de distribution ne se crée en principe pas *ex nihilo,* mais se développe au gré et au rythme des besoins des habitants d'un territoire déterminé.

---

[492] Par exemple, suppression d'une ligne de tramways, exploitée désormais au moyen de trolleybus.

[493] Cf., par exemple, art. 7 de la concession du 27 août 1964 pour les services de trolleybus de Neuchâtel et environs (RT 1964, p. 235), 7 de la concession du 18 juillet 1962 pour le service de trolleybus de Genève et sa banlieue (RT 1962, p. 176), 7 de la concession pour un réseau de trolleybus à La Chaux-de-Fonds, du 12 octobre 1954 (RT 1954, p. 372).

[494] Voir son texte dans RT 1956, p. 1027.

[495] Voir, par exemple, la décision portant prolongation du délai imparti à l'art. 7 de la concession pour les services de trolleybus de la région lausannoise, du 10 juin 1966, dans RT 1966, p. 209.

75. La renonciation du titulaire de la concession

Cette cause d'extinction est prévue par plusieurs textes légaux ; il en est ainsi à l'article 6, alinéa 2, lettre b de la loi fédérale sur les chemins de fer, 15 de l'ordonnance sur les concessions de transport par automobiles et à l'article 17 de l'ordonnance sur la navigation soumise à concession ou à autorisation. Quant aux textes de concessions, ils sont muets sur ce point.

Quel que soit le service public concédé, le concessionnaire ne peut renoncer de son propre chef à la concession ; il doit présenter une demande en ce sens à l'autorité de surveillance. Tant qu'il n'a pas été autorisé à suspendre l'exploitation du service public, le concessionnaire est tenu de l'assurer et de satisfaire à ses obligations. En ce qui concerne les concessions relevant du droit fédéral [496], le concessionnaire a cependant la faculté de déposer un recours de droit administratif au Tribunal fédéral contre le refus de l'autorité de surveillance de l'autoriser à suspendre l'exploitation du service public [497].

76. Le retrait de la concession

Nous ne mentionnons ce paragraphe que *pro memoria ;* nous avons en effet déjà traité cette question au chiffre 572.21 ; le lecteur voudra bien s'y référer.

77. L'expropriation

Les droits acquis résultant de la concession bénéficient de la garantie de la propriété [498]. Si donc la collectivité désire mettre fin à une concession en dehors des hypothèses analysées plus haut, elle devra procéder à l'expropriation du droit d'exploiter le service public [499] ; une fois privé de ce droit,

---

[496] Il appartient au droit cantonal d'organiser les voies de recours pour les concessions qui relèvent de lui.

[497] Art. 97, 98 b OJF.

[498] RO 74 I 465 ; RO 96 I 291 = JT 1971 I 468, 474 ; FJS 1099 ; AUBERT, II, N° 2173.

[499] Cela ne veut naturellement pas dire que d'autres droits acquis du concessionnaire ne puissent faire l'objet d'une expropriation ; toutefois, le concessionnaire pourra alors continuer à exploiter ce qui n'a pas été exproprié.

il est évident que le concessionnaire ne peut plus exploiter et que la concession devient sans objet. Cette procédure n'implique pas seulement le versement d'une indemnité, mais il faudra également qu'existent des motifs d'intérêt public justifiant l'opération. L'expropriation devra intervenir selon les règles instituées par la législation fédérale en ce qui concerne les concessions octroyées par la Confédération et par la législation cantonale pour celles qui relèvent de la compétence des cantons et des communes.

8. Les relations juridiques entre le concessionnaire de service public et les usagers

81. La doctrine et la jurisprudence

La doctrine suisse dominante [500], à l'image de ce qui est admis en droit français [501], est d'avis que les relations juridiques entre services publics concédés et usagers sont de nature contractuelle et relèvent du droit privé. Il est en effet admis que le concessionnaire établit des relations juridiques d'égal à égal avec les particuliers, sans qu'il existe de rapport de subordination entre eux [502].

Le Tribunal fédéral, dans un arrêt [503] rendu dans le domaine de la distribution de l'énergie électrique, a également considéré que les relations entre les concessionnaires et les consommateurs relevaient du droit privé [504]. En effet, selon lui, l'entreprise ne jouit pas d'un pouvoir de puissance publique vis-à-vis des usagers, mais traite, au contraire, d'égal à égal avec eux [505]. Si la concession crée entre l'autorité concédante et le concessionnaire un ensemble de droits et d'obligations, ainsi qu'une dépendance qui relève du droit public, en revanche, les rapports entre le concessionnaire et les consommateurs

---

[500] GRISEL, p. 149 ; ZWAHLEN, *RDS* 1958, II, p. 563 a ; SILLIG, p. 64 ; RUFFY, p. 126 ; THILO dans sa note ad *JT* 1950 I 264 ; EUGSTER, p. 29 ss.

[501] En droit français, la jurisprudence et la doctrine dominante sont d'avis que les rapports juridiques entre un service public industriel et commercial et les usagers font l'objet d'un contrat de droit privé ; cf. WALINE, p. 780 ; VEDEL, p. 628 ; DE LAUBADÈRE, I, p. 582 ; DUEZ et DEBEYRE, p. 567. Cette opinion a été critiquée notamment par Duguit et Jèze, qui estiment que les usagers sont dans une situation réglementaire de droit public.

[502] Application de la théorie de la subordination pour distinguer le droit privé et le droit public ; cf. GRISEL, p. 46.

[503] RO 93 I 228 = JT 1969 I 117 (rés.).

[504] La solution est la même pour tous les services publics.

[505] Application de la théorie des sujets pour distinguer le droit privé et le droit public.

d'énergie électrique ne sont pas, selon le Tribunal fédéral, l'objet de la concession et relèvent du droit privé. Le fait que le distributeur ait édicté un règlement et un tarif ne confère aucun caractère de droit public à ses rapports avec les usagers [506]. En effet, pour que les relations entre deux particuliers soient de droit public, il faut qu'une loi le prévoie, en conférant à l'un d'eux une parcelle de puissance publique [507]. En l'absence d'une telle disposition, les rapports juridiques entre deux personnes privées relèvent du droit privé. Dans la pratique, on constate toutefois que certains services industriels communaux distribuent l'eau, le gaz et l'électricité non seulement sur le territoire de la commune dont ils dépendent, mais également sur le territoire d'une ou plusieurs communes voisines, en vertu d'une concession ; on peut alors se demander si la nature juridique des relations qu'ils établissent avec leurs usagers est la même dans les deux cas ou, au contraire, s'il convient de distinguer.

La doctrine suisse dominante [508] admet que la situation d'un usager des services industriels communaux, domicilié sur le territoire de la commune dont ces derniers dépendent, n'est pas contractuelle, mais légale et réglementaire et, par conséquent, qu'elle relève du droit public. La jurisprudence du Tribunal fédéral n'est pas si affirmative et s'est fixée sur une solution intermédiaire, la question de savoir si le contrat de fourniture d'eau, de gaz et d'électricité relève du droit public ou du droit privé n'étant pas résolue globalement en faveur de l'une ou l'autre solution ; il conviendrait, selon le Tribunal fédéral, d'examiner le problème pour chaque cas d'espèce [509].

Selon notre Haute Cour, les relations entre le service public communal et l'usager sont de droit public lorsque le but d'intérêt public l'emporte sur le but fiscal et que les conditions de fourniture de la prestation « ... sont fixées unilatéralement et d'une manière complète et autoritaire par l'administration » [510] ; dans ce cas, selon le Tribunal fédéral, il apparaît que le particulier ne traite pas sur pied d'égalité avec le service communal et que,

---

[506] Un phénomène identique apparaît en effet dans certains contrats de droit privé (bail, assurance, etc.) où les clauses sont rédigées unilatéralement par l'une des parties et auxquelles le cocontractant ne peut qu'adhérer ; de tels contrats d'adhésion ne relèvent toutefois pas du droit public.

[507] Il en est ainsi, par exemple en cas d'expropriation, lorsque l'expropriant et l'exproprié sont des personnes privées ; l'indemnisation intervient en effet sur des bases de droit public.

[508] Zwahlen, *RDS* 1958, II, p. 564 a et les références citées par lui à la note 152 ; voir également p. 567 a ss.

[509] Dans le même sens, Ruck, *Elektrizitätsrecht*, p. 105.

[510] RO 83 I 123 ; dans le même sens *MBVR* 1971, p. 124 : décision du Tribunal administratif bernois relative à la fourniture, par une commune, d'électricité à ses propres habitants.

par conséquent, il se trouve envers lui dans un rapport de subordination relevant du droit public. « Si, au contraire, la réglementation de l'activité du service industriel administratif permet aux parties d'arrêter différemment, suivant les cas, les conditions essentielles de leurs rapports (. . .) par des conventions particulières, on entre dans le domaine du droit privé, l'accord intervenu étant le résultat de négociations où l'offre et la demande ainsi que des concessions réciproques entrent en jeu. » [511] Cette jurisprudence a été critiquée par Zwahlen [512], qui préconise, de façon générale, l'application du droit public. Le législateur vaudois a d'ailleurs repris cette dernière solution dans la loi du 30 novembre 1964 sur la distribution de l'eau. En effet, l'article 18, alinéa 2 de cette loi soumet les rapports entre les services industriels communaux et les consommateurs au droit public, puisqu'il dispose que tout litige concernant la fourniture de l'eau sera tranché par une autorité administrative. Au contraire, si le fournisseur (en l'espèce la commune) livre l'eau au-delà de ses obligations telles qu'elles sont définies à l'article premier, alinéa 2 de la loi, ces relations relèvent du droit privé [513].

Selon la doctrine dominante, les rapports entre service public communal titulaire d'une concession de distribution sur le territoire d'une commune voisine et les usagers qui y sont domiciliés relèvent du droit privé ; cela résulte de l'application de la théorie des sujets et de la subordination. En effet, les services industriels communaux titulaires d'une concession de distribution sur le territoire d'une autre commune sont assimilables à un particulier [514] dans leurs rapports avec les consommateurs ; il s'agit de relations juridiques entre des sujets placés sur pied d'égalité. En effet, une commune n'a par elle-même de pouvoirs de puissance publique que sur son propre territoire ; elle est donc assimilable, en sa qualité de concessionnaire, à n'importe quelle personne du droit privé.

Il résulte de ce qui précède que, de l'avis de la doctrine dominante, le consommateur situé sur le territoire d'une commune qui organise elle-même la distribution de l'eau, du gaz et de l'électricité sur son territoire voit ses

---

[511] RO 76 II 103 = JT 1950 I 261 ; cet arrêt est critiquable ; il ignore, sans expliquer pourquoi, la solution du contrat de droit administratif ; cf. également Eugster, p. 28.

[512] *RDS* 1958 II, p. 565 a et ss.

[513] Voir également l'exposé des motifs, dans *Bulletin du Grand Conseil,* automne 1964, p. 164, 165.

[514] C'est d'ailleurs la solution du législateur vaudois dans la loi sur la distribution de l'eau du 30 novembre 1964 : appartiennent au droit privé les relations entre consommateurs et fournisseurs lorsque celui-ci est un particulier (personne physique ou morale) ; or, dans le système légal, la commune ou les services industriels titulaires d'une concession de distribution d'eau sur le territoire d'une autre commune sont assimilés à un particulier.

rapports avec elle soumis au droit public, alors que l'usager domicilié dans la commune voisine et approvisionné par les mêmes services industriels voit ses relations avec eux relever du droit privé ; cette différence nous paraît étonnante, nos deux consommateurs bénéficiant de prestations identiques, aux mêmes conditions.

On pourrait penser alors que si on qualifie de contractuels les rapports entre consommateurs et service public communal au bénéfice d'une concession, c'est parce qu'il n'assume pas les mêmes obligations lorsqu'il distribue à l'intérieur des frontières du territoire communal dont il dépend que lorsqu'il s'étend au-delà. Or, il n'en est rien ; il résulte en effet de la comparaison que nous avons faite des textes légaux, des règlements de distribution en vigueur et des textes de concession que, dans les deux cas, le fournisseur est soumis aux mêmes charges caractéristiques de tout service public.

Les mêmes constatations peuvent être faites dans le domaine des transports par automobiles. La doctrine [515] admet que les rapports juridiques entre les voyageurs et l'entreprise des PTT, lorsqu'ils assurent eux-mêmes l'exploitation de certaines lignes de transport par automobiles, sont de droit public ; au contraire, lorsqu'un concessionnaire privé prend en charge un tel service, ses relations avec ses clients relèvent du droit privé. Pourtant, dans un cas comme dans l'autre, le transporteur doit assumer les mêmes obligations et fournit des prestations identiques.

Cette dualité des régimes juridiques nous paraît fâcheuse ; elle nous incite à rechercher une solution unitaire.

82. **Critique de l'avis de la doctrine et de la jurisprudence**

Plusieurs arguments peuvent être opposés à la solution contractuelle de droit privé adopté par la doctrine et le Tribunal fédéral pour qualifier les relations juridiques qui s'établissent entre le concessionnaire et les usagers.

Premièrement, il faut relever que le champ laissé à l'autonomie de la volonté [516] pour s'exprimer est restreint, tant il est vrai que les rapports juridiques entre le concessionnaire et les usagers se sont stéréotypés. Par ailleurs, la liberté de contracter de l'entreprise concessionnaire n'existe pas ; elle est tenue de fournir la prestation à tous ceux qui en font la demande et qui

---

[515] Ruck, II, p. 302 ; Tuason, p. 45 ; Grisel, p. 119 ; en revanche, on admet que les CFF établissent des rapports de droit privé avec leurs clients : Zwahlen, *RDS* 1958, II, p. 566 a.

[516] Ruffy, p. 131.

satisfont aux conditions d'accès au service public. De plus, une grande partie des éléments du contrat (de transport ou de livraison) sont déterminés d'avance, dans la loi ou dans un règlement [517] ; il en est ainsi notamment des conditions de transport et d'approvisionnement et des tarifs qui sont identiques pour une même catégorie d'usagers. De même, le libre arbitre de l'usager est pratiquement inexistant ; il ne peut, la plupart du temps, qu'admettre en bloc les conditions d'utilisation du service public ou alors renoncer à toute prestation : en effet, le concessionnaire bénéficiant souvent d'une position de monopole, l'usager qui refuse de traiter avec lui n'a pratiquement aucune possibilité de se procurer ailleurs une prestation équivalente. Il n'y a donc, en principe, aucune possibilité d'individualiser ou de personnaliser les relations juridiques entre les usagers et le service public concédé.

Ainsi donc, on peut dire que la liberté de contracter du concessionnaire, comme d'ailleurs celle de l'usager, n'existe pas [518]. Il paraît dès lors problématique de dire que les rapports juridiques qui s'établissent entre eux font l'objet d'un contrat de droit privé, ce dernier reposant, chacun le sait, sur la liberté contractuelle des parties.

En outre, on ne peut nier que l'activité exercée par le concessionnaire présente un intérêt public pour l'ensemble des administrés [519] ; c'est même une des raisons qui explique pourquoi elle fait l'objet d'un monopole en faveur de l'Etat. Vu l'intérêt qu'elle représente pour la communauté, il faut que cette activité ait régulièrement lieu et de la même manière, qu'elle soit exploitée directement par la collectivité ou par l'intermédiaire d'un tiers, en vertu d'une concession ; la seule différence réside dans le *mode* de gestion. Ce n'est toutefois pas suffisant pour justifier l'application, dans le premier cas, du droit public et, dans le deuxième, du droit privé, du moment que l'essentiel du contenu des relations juridiques entre l'usager et l'exploitant du service public est le même, que ce dernier soit assuré par la collectivité directement ou par un concessionnaire, et découle souvent de la même réglementation.

Ainsi, les rapports juridiques qui s'établissent entre le concessionnaire de service public et les usagers ne nous paraissent pas devoir être soumis au droit privé et ce pour trois raisons essentiellement :

— la liberté contractuelle de l'une et l'autre partie est pratiquement inexistante ;

---

[517] Dans le canton de Vaud, les règlements de distribution (eau, électricité) sont établis par le distributeur même ; ils doivent cependant être ratifiés par le Conseil d'Etat.

[518] EUGSTER, p. 30 ss.

[519] EUGSTER, p. 36 ss.

— l'intérêt public de l'activité concédée est prédominant et influe inévitablement sur la nature des relations entre l'entreprise concessionnaire et les utilisateurs ;

— l'égalité entre les parties n'existe pas dès l'instant où le concessionnaire bénéficie d'une position de monopole (c'est la plupart du temps le cas) et que l'usager n'est pas en mesure de se procurer ailleurs une prestation équivalente ou de même nature et souvent vitale pour lui (il n'y a qu'à penser à la distribution d'eau potable et d'énergie, par exemple).

83. **Recherche d'une solution**

Dans une thèse récente, Eugster, après avoir réfuté la théorie de la doctrine dominante et du Tribunal fédéral soumettant au droit privé les rapports juridiques entre le concessionnaire de service public et les usagers, passe en revue trois théories susceptibles d'apporter une solution au problème ; il nous paraît intéressant de les résumer ici ; ensuite, nous nous permettrons d'exposer notre point de vue.

La première consiste à dire que les relations juridiques entre le concessionnaire et les usagers ne relèvent exclusivement ni du droit privé, ni du droit public, mais d'un « droit commun » [520], issu de la combinaison et du mariage de l'un avec l'autre [521]. En fait cette solution nous paraît peu convaincante ; il est facile, en effet, de créer un nouveau régime juridique, lorsqu'on ne parvient pas à rattacher, d'une manière qui ne souffre pas de discussion, un rapport de droit (ici celui qui s'établit entre le concessionnaire et les usagers) ni au droit public ni au droit privé. Certes, il est devenu banal de constater que la ligne de démarcation entre le droit privé et le droit public est difficile à tracer ; cela ne nous paraît toutefois pas suffisant pour créer un droit hybride, qu'il conviendrait d'ailleurs de définir, s'inspirant de l'un et de l'autre [522], pour expliquer les caractéristiques d'un rapport juridique.

La deuxième, et c'est la solution préconisée par Eugster, considère que le concessionnaire établit ses rapport juridiques avec les usagers dans les formes du droit privé, mais que le contenu du contrat est dominé par le droit

[520] En allemand, « Gemeinrecht ».

[521] Cf. EUGSTER, p. 43 ss.

[522] Dans el même sens, EUGSTER, p. 45.

public [523]. En somme, le droit public vient corriger des défaillances du droit privé, en permettant, par exemple, à l'usager d'exiger la prestation, en vertu des principes d'égalité (interdiction de l'arbitraire) et du respect de la personnalité [524]. On peut objecter à cette manière de voir que le champ d'application du droit privé, dans les relations qui s'établissent entre le concessionnaire et les usagers, est extrêmement restreint et que l'intervention du droit public est prépondérante [525] ; on peut se demander dès lors s'il n'est pas contradictoire de prétendre que le concessionnaire bénéficie de la liberté contractuelle du droit privé, mais qu'il ne peut refuser de fournir sa prestation lorsque l'usager réalise les conditions d'utilisation du service public, et ce en vertu du principe d'égalité.

La troisième enfin consiste à soumettre entièrement les relations juridiques entre le concessionnaire et les usagers au droit public [526]. Eugster ne se rallie pas à cette solution : selon lui, il n'y a pas dans le cadre de l'administration de prestations de rapport de subordination, tel qu'il existe lorsque l'Etat exerce ses fonctions propres et originelles ; par ailleurs, le concessionnaire, malgré le contrôle de l'Etat auquel il est soumis, reste une entreprise privée [527].

Quant à nous, nous sommes d'avis que les relations juridiques entre le concessionnaire et les usagers doivent être soumises au droit public entièrement. En effet, il ne faut pas perdre de vue que le concessionnaire exerce une activité de service public ; partant, il est soumis à certaines obligations de droit public [528] (notamment obligation d'exploiter et de contracter) ; de plus, les éléments essentiels du rapport juridique sont établis d'avance, soit par la loi, soit dans un règlement. En outre, la position de monopole dont bénéficie le concessionnaire de service public a pour effet que l'usager est dans une situation de dépendance et de subordination comparable à celle dans laquelle il se trouve lorsqu'il entre en relation avec un organe de l'Etat ou avec des services industriels communaux ; même s'il traite avec un concessionnaire privé, le consommateur se voit imposer unilatéralement les conditions de fourniture de la prestation. Pour ces raisons, il est donc exclu de soumettre au droit privé les relations entre le concessionnaire et les usagers, sauf s'il s'engage à fournir des prestations qui ne relèvent pas du service

---

[523] EUGSTER, p. 49 ss.

[524] EUGSTER, p. 50 ss. ; ce droit est désigné par le terme allemand « Verwaltungsprivatrecht ».

[525] Voir ce que nous avons dit à ce sujet au ch. 82.

[526] EUGSTER, p. 45.

[527] EUGSTER, p. 48.

[528] Voir à ce sujet ch. 5.

public qu'il gère ou qui vont au-delà des obligations qui lui sont imposées par la loi ou la concession [529].

La solution que nous préconisons (soumission au droit public des relations juridiques entre le concessionnaire et les usagers) a en outre le très grand avantage de supprimer la dualité des régimes juridiques dont nous avons déjà parlé [530] ; elle rend applicable le droit public aux relations juridiques entre l'usager et le service public, que ce dernier soit exploité directement par une collectivité publique ou par un concessionnaire. Quant aux rapports juridiques eux-mêmes, ils sont contractuels ; l'usager ne peut en effet être dans une situation statutaire vis-à-vis du concessionnaire, celui-ci ne possédant aucun pouvoir réglementaire sur ce point. De plus, il y a sans aucun doute manifestation et accord de volonté entre les parties, au moment où elles décident d'entrer en relation [531]. Ainsi, comme nous avons admis que les rapports juridiques entre le concessionnaire et les usagers relevaient du droit public, ils font donc l'objet d'un *contrat de droit administratif*.

[529] Voir par exemple l'article 1 II de la loi vaudoise sur la distribution de l'eau.

[530] Cf. ch. 81.

[531] Art. 1 CO ; GRISEL, p. 219 ss.

9. Le contentieux dans les relations entre le concessionnaire et les usagers

Nous avons vu que le concessionnaire est tenu de fournir ses prestations, aux conditions prévues, à tout administré, dès que ce dernier satisfait aux conditions d'utilisation du service public. Un litige peut toutefois s'élever entre l'exploitant du service public et l'usager, et ce principalement à deux moments ; premièrement, lorsque le particulier demande à utiliser le service public et que le concessionnaire refuse de lui fournir sa prestation et, deuxièmement, pendant la durée des relations juridiques entre l'usager et l'exploitant du service public.

Nous allons examiner successivement les moyens de droit qui sont à la disposition de l'usager dans chacune de ces deux relations.

91. **Les moyens de droit de l'usager, en cas de refus du concessionnaire de lui fournir sa prestation**

911. *La voie administrative*

Il faut tout d'abord rappeler que le concessionnaire, lorsqu'il se charge de l'exploitation d'un service public, assure incontestablement une tâche d'intérêt général relevant du droit public ; il exerce une activité relevant de l'administration de prestations que l'Etat devrait assumer lui-même si elle n'était confiée à un particulier [532]. C'est notamment pour ce motif que nous sommes partisans de soumettre les relations juridiques entre le concessionnaire et les usagers au droit public.

[532] EUGSTER, p. 36.

Suivant en cela la théorie des « deux échelons » [533], nous admettrons que le refus du concessionnaire de fournir sa prestation à un usager remplissant par ailleurs les conditions d'accès au service public (refus de contracter) constitue un acte juridique unilatéral, et plus précisément une décision au sens où l'entend, par exemple, l'article 5 de la loi fédérale sur la procédure administrative.

911.1. *En cas de concession fédérale*

S'il est titulaire d'une concession fédérale (transport par chemins de fer, tramways, funiculaires, aéronefs, trolleybus, automobiles et exploitation d'aéroports), l'exploitant du service public devra se conformer, pour rendre sa décision, à la loi fédérale sur la procédure administrative, en vertu de l'article premier, alinéa 2, lettre a de ladite loi [534] ; en effet, le concessionnaire de service public constitue une organisation indépendante de l'administration fédérale à laquelle la Confédération a confié une tâche de droit public. Lorsqu'il statue dans l'accomplissement de cette tâche, il est donc une *autorité* au sens de la loi fédérale sur la procédure administrative ; le fait que le concessionnaire, en raison de la position de monopole dont il bénéficie la plupart du temps, ne traite pas d'égal à égal avec les usagers, et qu'un véritable rapport de dépendance s'établit entre eux ainsi que le contrôle [535] auquel il est soumis, nous confirme par ailleurs dans cette opinion [536]. La décision du

---

[533] Selon cette théorie, appliquée au domaine des services publics, la fourniture d'une prestation par le concessionnaire se divise en deux opérations successives : émission d'un acte administratif (refus ou acceptation de contracter), suivie de la conclusion d'un contrat de droit administratif ; cf. à ce sujet : MACHERET, « La recevabilité du recours de droit administratif au Tribunal fédéral », *RDAF* 1974, p. 16-17 ; message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant l'aide en matière d'investissements dans les régions de montagne, *FF* 1973, I, p. 1564 ; WOLFF, *Verwaltungsrecht,* I, 7 Auflage, p. 95.

[534] Cet article est ainsi rédigé :

« La présente loi s'applique à la procédure dans les affaires administratives qui doivent être réglées par les décisions d'autorités administratives fédérales statuant en première instance ou sur recours.

Sont réputées autorités fédérales statuant en première instance ou sur recours :

...

e) d'autres autorités ou organisations indépendantes de l'administration fédérale en tant qu'elles statuent dans l'accomplissement de tâches de droit public à elles confiées par la Confédération. »

[535] Voir à ce sujet ch. 57.

[536] Dans une décision du Service fédéral de l'hygiène publique du 30 avril 1957, la qualité d'organisation chargée de tâches administratives ressortissant à l'administration fédérale a été refusée à la Fédération des médecins suisses, essentiellement parce qu'elle ne dépend pas du Département de l'intérieur (pas de contrôle) et qu'elle a pour but

concessionnaire de refuser à un usager l'accès au service public sera naturellement susceptible de recours devant l'autorité de surveillance [537], dont le prononcé pourra être revu, en dernière instance, par le Tribunal fédéral [538].

911.2. *En cas de concession relevant du droit cantonal*

Nous avons déjà vu que, dans le canton de Vaud, la distribution de l'eau, du gaz et de l'électricité pouvait faire l'objet d'une concession communale. Lorsque c'est le cas, la municipalité confie à un particulier l'exercice d'une activité d'intérêt général relevant du droit public ; l'exploitant du service public est alors soumis au contrôle de l'autorité concédante et entretient avec les usagers des rapports juridiques relevant du droit public.

Lorsqu'il refuse l'accès du service public à un usager, le concessionnaire prononce une décision [539], au sens administratif du terme. Cette dernière sera susceptible de recours auprès de l'autorité de surveillance (municipalité) ; le prononcé communal pourra naturellement être porté devant le Conseil d'Etat, compétent en vertu de son pouvoir général de surveillance sur les communes [540]. La procédure devant l'autorité de recours est réglée par l'arrêté du 15 septembre 1951 fixant la procédure pour les recours administratifs. Reste naturellement ouverte la voie du recours de droit public au Tribunal fédéral (violation de l'article 4 de la Constitution fédérale). En revanche, la garantie de la propriété ne peut être invoquée ; en effet, elle ne garantit pas à un propriétaire foncier l'utilisation des établissements publics [541] (fourniture d'eau, de gaz et d'électricité), qu'ils fassent ou non l'objet d'une concession.

Nous mentionnerons pour mémoire la voie de la dénonciation, également ouverte à l'administré évincé du service public ; elle consiste en une requête présentée à l'autorité, afin que cette dernière mette en œuvre son pouvoir de surveillance. L'autorité n'étant pas tenue de se saisir de la dénonciation, elle

---

essentiel de sauvegarder les intérêts professionnels de ses membres ; JAAC 27 (1957), N° 46. Une telle qualité a été en revanche reconnue à l'Association suisse des électriciens lorsqu'elle exerce son activité de contrôle des installations à fort courant ; cf. art. 1, 12 de l'arrêté du Conseil fédéral concernant l'Inspection fédérale des installations à courant fort (RS 734.24).

[537] L'autorité de surveillance est le Département fédéral des transports et communications et de l'énergie pour les concessions de chemins de fer, l'Office fédéral des transports pour les concessions de transport par automobiles, bateaux, et par trolleybus et l'Office fédéral de l'air pour les concessions de navigation aérienne et d'exploitation d'aéroports.

[538] Art. 98 b OJF.

[539] Cf. ch. 911.

[540] Art. 145 de la loi vaudoise sur les communes du 28 février 1956.

[541] RO 93 I 503 = JT 1968 I 122 (rés.).

ne constitue donc pas, à proprement parler, un moyen de droit à disposition de l'usager évincé.

912. *La responsabilité du concessionnaire*

Seule la loi fédérale sur les transports par chemins de fer et par bateaux du 11 mars 1948 prévoit expressément, à son article 7, alinéa 3, une obligation de réparer le dommage incombant à l'entreprise qui a refusé fautivement d'effectuer un transport qu'elle est tenue d'exécuter [542]. Cela ne veut naturellement pas dire que les autres concessionnaires ne doivent pas réparer le préjudice causé, lorsqu'ils refusent, sans pouvoir invoquer de motif valable, de fournir leurs prestations à un usager. Quant à la loi fédérale du 28 mars 1905 sur la responsabilité civile des entreprises de chemins de fer et de bateaux à vapeur et des postes, elle ne contient aucune disposition à ce propos ; elle a pour seul objet la réparation du dommage résultant du fait qu'une personne a été tuée ou blessée lors de la construction ou de l'exploitation d'une entreprise de transport.

912.1. *Le fondement de la responsabilité*

La doctrine dominante et la jurisprudence [543], après avoir admis que les relations s'établissant entre le concessionnaire et les usagers relèvent du droit privé, sont naturellement d'avis que la responsabilité de l'exploitant du service public repose sur le droit privé et que, par conséquent, il est tenu de réparer le dommage qu'il cause en application des articles 41 et suivants du Code des obligations [544] ; le droit administratif français adopte d'ailleurs une solution identique (application du droit privé) [545]. Ainsi, l'article 7, alinéa 3 de la loi fédérale sur les transports par chemins de fer et par bateaux ne serait-il qu'une règle spéciale par rapport aux articles 41 et suivants du Code des obligations [546], l'Etat concédant ne pouvant être recherché que si l'autorité de surveillance a manqué à ses obligations [547].

---

[542] Voir également art. 6 III du règlement concernant les transports par chemins de fer et par bateaux, du 2 octobre 1967.

[543] RO 91 I 237.

[544] GRISEL, p. 149 ; RUFFY, p. 142 ; EUGSTER, p. 82.

[545] DE LAUBADÈRE, I, p. 582 ; l'usager n'a à sa disposition la voie du recours pour excès de pouvoir que contre la décision de l'autorité concédante refusant, suite à sa demande, de contraindre le concessionnaire à appliquer les règles du service public.

[546] RUFFY, p. 141.

[547] GRISEL, p. 149.

On peut toutefois se demander légitimement si la responsabilité du concessionnaire repose sur le droit privé ou sur le droit public. Nous rappellerons tout d'abord que le concessionnaire est chargé par la collectivité publique d'exercer une activité d'intérêt général ; partant, nous avons admis que les relations juridiques qu'il entretient avec les usagers relevaient du droit public et, notamment que, lorsqu'il refusait à un particulier l'accès au service public, il rendait, en sa qualité d'organisation indépendante à laquelle l'Etat a confié une tâche de droit public, une décision au sens que le droit administratif donne à cette notion.

Il nous paraît dès lors logique de conclure que la responsabilité du concessionnaire pour le préjudice qu'il cause lorsqu'il refuse à un particulier, sans motif valable, l'accès au service public, repose sur le droit *public*.

912.2. *La responsabilité du concessionnaire en cas de concession fédérale*

La disposition déterminante est constituée par l'article 61, alinéa 1 du Code des obligations, qui prévoit que « la législation fédérale ou cantonale peut déroger aux dispositions du présent chapitre, en ce qui concerne la responsabilité encourue par des fonctionnaires et employés publics, pour le dommage ou le tort moral qu'ils causent dans l'exercice de leur charge ».

Se fondant sur cette disposition, le législateur fédéral a promulgué la loi du 14 mars 1958 sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires [548]. Son article 19 règle plus particulièrement la responsabilité des organisations indépendantes chargées d'accomplir des tâches relevant du droit public ; or, il faut admettre que le concessionnaire appartient à cette catégorie d'organisation et, par conséquent, que ledit article lui est applicable [549]. Aussi le concessionnaire fédéral répond-il directement envers les usagers du préjudice qu'il provoque [550], la Confédération ne couvrant que le dommage qu'il n'est pas en mesure de réparer [551] ; la responsabilité de la Confédération est donc subsidiaire. Dans la mesure où elle a dû réparer le dommage, la Confédération possède une action récursoire envers le concessionnaire [552], dans les conditions prévues

[548] RS 170.32.

[549] RO 94 I 639 ; message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant un projet de loi sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires ; voir *FF* 1956, p. 1426 ; voir également l'art. 1 I LRCF.

[550] Art. 19 I LRCF.

[551] Art. 19 LRCF ; voir également GRISEL, p. 426.

[552] Art. 19 I LRCF.

aux articles 7 et 9 de la loi [553]. Cependant, la Confédération est tenue principalement en raison des manquements de ses fonctionnaires dans l'exercice de leur devoir de surveillance du concessionnaire de service public [554].

Il incombera naturellement à l'usager évincé de prouver que le refus du concessionnaire est illicite, c'est-à-dire qu'il viole l'obligation de contracter telle qu'elle est définie par la loi et la concession et que, de ce fait, il a subi un préjudice [555]. En revanche, il n'aura pas à prouver la faute du concessionnaire, puisque sa responsabilité est causale [556] ; sous cet angle, notre solution est plus favorable pour l'usager que celle qui découle de la position de la doctrine et de la jurisprudence.

Le lésé pourra intenter l'action en responsabilité contre le concessionnaire directement devant le Tribunal fédéral [557], en vertu de l'article 10 de la loi fédérale sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires, également applicable à l'action contre une institution indépendante de l'administration, chargée d'exécuter des tâches de droit public [558].

912.3. *La responsabilité du concessionnaire en cas de concession relevant du droit cantonal*

Rappelons préalablement que les concessions de services publics délivrées, dans le canton de Vaud, selon le droit cantonal ont pour objet la distribution de l'eau, du gaz et de l'électricité. S'appuyant sur l'article 61, alinéa 1 du Code des obligations, le législateur vaudois a promulgué la loi du 16 mai 1961 sur la responsabilité de l'Etat, des communes et de leurs agents. Ce texte s'applique également à la responsabilité « des agents, des personnes privées, physiques ou morales chargées de tâches de droit public » [559], à condition toutefois que l'activité qu'ils accomplissent ne se rattache pas, selon les termes de l'article 61, alinéa 2 du Code des obligations, « à l'exercice d'une industrie ».

---

[553] L'action récursoire de la Confédération ne peut être exercée qu'à l'encontre du fonctionnaire qui a causé le dommage intentionnellement ou par une négligence grave.

[554] RO 94 I 639.

[555] Le lésé doit intenter son action dans l'année à compter du jour où il a eu connaissance du dommage et, en tous les cas, dans les dix ans à partir de l'acte dommageable.

[556] Art. 3 LRCF.

[557] Art. 116 c. OJF.

[558] Dans ce sens, RO 94 I 628 = JT 1970 I 119 (rés.).

[559] Art. 3 I ch. 13 de la loi vaudoise sur la responsabilité de l'Etat, des communes et de leurs agents.

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, les critères déterminants pour faire la distinction sont le but de l'activité [560] et la nature des relations qui s'établissent entre les parties [561]. Or, qu'en est-il en l'espèce ? Pour nous, il ne fait aucun doute que l'exploitation d'un réseau de distribution d'eau, de gaz ou d'électricité (qu'il soit concédé ou non) constitue un service public visant, en premier lieu, la satisfaction des besoins des particuliers ; peu importe que le concessionnaire réalise, à l'occasion de l'exercice d'une telle activité, un bénéfice [562]. En ce qui concerne les relations avec les usagers, nous avons vu qu'elles ne s'établissaient pas d'égal à égal, entre sujets de droit placés sur pied d'égalité ; au contraire, la position de monopole dont jouit le concessionnaire distributeur permet d'affirmer l'existence d'un véritable rapport de subordination, à l'image de celui qui s'établit entre l'administration et les particuliers ; c'est notamment pour ce motif que nous avons admis que les rapports juridiques entre le distributeur et les consommateurs relevaient du droit public [563].

Ainsi, les conditions nous paraissent réalisées pour soumettre la responsabilité du concessionnaire à la loi vaudoise sur la responsabilité de l'Etat, des communes et de leurs agents. Aussi la corporation publique concédante est-elle responsable du préjudice que le concessionnaire cause en refusant l'accès au service public à un usager, réalisant par ailleurs toutes les conditions d'utilisation ; le particulier évincé devra naturellement prouver le caractère illicite du comportement de l'exploitant du service public et l'existence d'un dommage en résultant [564]. La responsabilité de la commune étant causale [565], peu importe que le concessionnaire ait commis ou non une faute [566]. La corporation publique qui a indemnisé l'usager possède une action récursoire contre le distributeur, si l'acte dommageable est gravement fautif [567]. Le lésé intentera son action devant les tribunaux ordinaires [568].

---

[560] RO 89 I 286 = JT 1964 I 63 ; RO 101 II 177.

[561] RO 77 I 308 = JT 1952 1 305 ; GRISEL, p. 443.

[562] Voir à ce sujet ch. 62.

[563] Voir notre ch. 83.

[564] La créance en dommages-intérêts se prescrit par un an dès la connaissance du dommage et, en tous les cas, par dix ans dès l'acte provoquant le préjudice.

[565] Art. 4 de la loi sur la responsabilité de l'Etat, des communes et de leurs agents.

[566] Si, avec la doctrine dominante, on admet que la responsabilité du concessionnaire repose sur le droit privé, l'usager évincé à tort doit encore prouver la faute du concessionnaire, ce qui n'est pas facile du tout.

[567] Art. 11 I de la loi vaudoise sur la responsabilité de l'Etat, des communes et de leurs agents.

[568] Art. 14 de la loi citée à la note 567 ci-dessus.

92. Les contestations portant sur les rapports juridiques eux-mêmes

Comme exemples de tels litiges, nous citerons ceux qui peuvent éclater à propos des tarifs, des autres conditions de fourniture de la prestation et de l'exécution des contrats entre le concessionnaire et les usagers. Rappelons que nous avons admis que les relations entre les usagers et les concessionnaires de service public faisaient l'objet de contrats de droit administratif [569]. En conséquence, en droit vaudois, les litiges relatifs aux contrats de fourniture d'eau, de gaz et d'électricité relèveront, en l'absence d'une juridiction administrative et s'agissant de prétentions pécunaires, de la compétence des tribunaux ordinaires, en application de la théorie du fisc [570]. En droit fédéral, les contestations sur les contrats de transport ou d'utilisation d'aéroports pourront faire l'objet d'une action de droit administratif, en instance unique au Tribunal fédéral, en vertu de l'article 116 lettre b) de la loi fédérale d'organisation judiciaire.

Le cas échéant, ces instances judiciaires feront application, par analogie, des dispositions du Code des obligations relatives aux contrats.

[569] Voir à ce sujet ch. 83.

[570] GRISEL, p. 45.

Conclusion

Nous voici arrivés au terme de notre travail ; nous résumerons ci-après les principaux résultats auxquels nous sommes parvenus. Tout d'abord, nous avons acquis la certitude que la notion de service public, bien que ne faisant l'objet d'aucune théorie à l'image de celle qui a été développée en droit administratif français, est transposable en droit suisse ; nous pouvons ainsi dire qu'elle fait partie intégrante de notre droit administratif, bien que nous ayons limité notre étude aux services publics pouvant être concédés. Ensuite, en examinant le régime juridique des concessions, nous avons pu confirmer que le concessionnaire, parce qu'il est chargé de l'exploitation d'un service public, devait assumer trois obligations caractéristiques de droit public : obligation d'exploiter, de contracter et d'adapter.

Nous nous sommes ralliés à la théorie mixte reconnaissant dans la concession un acte comportant à la fois des dispositions unilatérales, imposées souverainement par l'autorité concédante, et des clauses contractuelles résultant d'un accord de volontés des parties ; cette manière de voir a l'avantage incontestable d'être adaptée aux exigences de la pratique.

Parmi les droits du concessionnaire, nous relèverons particulièrement le droit à l'équilibre financier de la concession ; jusqu'ici, à notre connaissance, ni la jurisprudence fédérale, ni la doctrine de notre pays n'avaient dénombré ce droit parmi ceux qu'elles ont généralement reconnus aux titulaires de concessions.

Par ailleurs, contrairement à la jurisprudence du Tribunal fédéral et à la doctrine, nous sommes d'avis de soumettre au droit public les relations juridiques entre le concessionnaire de service public et les usagers, hormis le cas où les prestations fournies le sont en marge de la réglementation légale et de l'acte de concession. En effet, nous avons constaté que l'autonomie de la volonté de l'exploitant du service public et celle des usagers sont pratiquement inexistantes, tant il est vrai que leurs relations juridiques se composent d'éléments déterminés d'avance et qu'un véritable rapport de subordination s'établit entre eux.

Partant, il était logique d'admettre que la responsabilité du concessionnaire, lorsqu'il refuse à tort l'accès au service public à un administré remplissant par ailleurs toutes les conditions d'utilisation, dût se déterminer également selon les règles du droit public, lorsque l'Etat a fait usage de la faculté, qui lui a été conférée par notre droit civil, de déroger aux principes applicables entre les particuliers ; ici encore, nous sommes en contradiction avec la jurisprudence et la doctrine dominante.

Bibliographie

AUBERT Jean-François : *Droit constitutionnel suisse,* 2 volumes, Paris-Neuchâtel, 1967.

CHEVALLIER Jacques : *Le service public,* Paris, 1971.

DÉNÉRÉAZ David : « Les entreprises d'économie mixte et de droit public organisées selon le droit privé », *Revue de droit suisse,* 1958, II, p. 461 a ss.

DUEZ et DEBEYRE : *Traité de droit administratif,* Paris, 1952.

ENGEL Pierre : *Traité des obligations en droit suisse, dispositions générales du CO,* Neuchâtel, 1973.

EUGSTER Pierre : *Die Rechtsnatur der Verhältnisse konzessionierter Privatunternehmen der Daseinvorsorge zu Dritten, insbesondere zu Abnehmern,* thèse Fribourg, 1975.

FAVRE Antoine : *Droit constitutionnel suisse,* 2e édition, Fribourg, 1970.

FEER Hans : *Kontrahierungszwang,* thèse Zurich, 1922.

FLÜCKIGER Max : *Die Anhörung der Kantone und der Verbände im Gesetzgebungsverfahren,* thèse Berne, 1968.

FRIEDLÄNDER Helmut : *La réglementation de distribution d'énergie, véritable critère de service public,* thèse Lausanne, 1935.

GIGER Hans-Georg : *Die Mitwirkung privater Verbände bei der Durchführung öffentlicher Aufgaben,* thèse Berne, 1951.

GRISEL André : *Droit administratif suisse,* Neuchâtel, 1970.

HAENNI Joseph : *Les concessions de chemins de fer en droit suisse,* thèse Berne, 1934.

IMBODEN Max : *Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung,* 2 volumes, 4e édition, Bâle-Stuttgart, 1971.

— « Die Verwaltungsrechtliche Vertrag », *Revue de droit suisse,* 1958, II, p. 1 a ss.

JUNGLING Alfred : *Die gemischtwirtschaftlichen Unternehmungen in der schweizerischen Elektrizitätswirtschaft,* thèse Saint-Gall, 1948.

JUNOD Charles-André : « Problèmes actuels de la Constitution économique suisse », *Revue de droit suisse,* 1970, II, p. 591 ss.

KOLLER Max : *Konzessionierung und rechtliche Behandlung von Luftseilbahnen und skiliften,* thèse Zurich, 1946.

KORRODI Nikola : *Die Konzession im schweizerischen Verwaltungsrecht,* thèse Zurich, 1973.

DE LAUBADÈRE : *Manuel de droit administratif,* 9e édition, Paris, 1969.

— *Traité de droit administratif,* 3 volumes, 4e édition, Paris, 1968.

MARTI Hans : *Die Handels- und Gewerbsfreiheit nach den neuen Wirtschaftsartikeln,* Berne, 1950.

MEYLAN Jacques : *Le domaine ferroviaire en droit comparé. Droits français, allemand et suisse,* thèse Lausanne, 1966.

MOSSU Claude : *Les concessions dans le domaine des transports et des télécommunications en droit suisse,* thèse Fribourg, 1968.

NELL Anton : *Die Beförderungspflicht der Eisenbahnen,* thèse Berne, 1957.

PETERMANN Martin : *Die Grenzen der Mitwirkung der privaten Verbände bei der Durchführung öffentlichen Aufgaben,* thèse Fribourg, 1960.

PFENNIGER Peter : *Die Erteilung von Konzessionen und Bewilligungen bei Fremdenverkehrsbahnen und skiliften,* thèse Zurich, 1968.

RACINE Raymond : *L'actionnariat public. Les sociétés commerciales publiques et d'économie mixte en Suisse,* thèse de la Faculté des sciences économiques et sociales, Genève, 1947.

RIVERO Jean : *Droit administratif,* Paris, 1965.

RUCK Erwin : *Schweizerisches Verwaltungsrecht,* 2 volumes, Zurich, 1951 et 1953.

— *Schweizerisches Elektrizitätsrecht im Grundriss,* Zurich, 1964.

SCHAERER Frédéric : *Le régime juridique des transports automobiles en Suisse,* thèse Berne, 1943.

SCHURMANN Léo : « Das Recht der gemischtwirtschaftlichen und öffentlichen Unternehmungen mit privatrechtlicher Organisation », *Revue de droit suisse,* 1953, II, p. 65 a ss.

SILLIG Jacques : *Contribution à l'étude du régime juridique des concessions en droit suisse,* thèse Lausanne, 1946.

STAEBLIN Max : *Die Eisenbahnkonzession nach schweizerischen Recht,* thèse Zurich, 1938.

STRAUSS Max : *Konzessionierung und Rechtsverhältnisse der Automobiltransportunternehmung in der Schweiz,* thèse Zurich, 1937.

THILO Emile : « Les monopoles de fait des services industriels communaux, note de jurisprudence », *JT* 1950 I p. 262 ss.

TUASON Vicente : *Le droit de l'entreprise des postes, téléphones et télégraphes suisses,* Berne, 1960.

VEDEL Georges : *Droit administratif,* Paris, 1961.

WALINE Marcel : *Droit administratif,* Paris, 1963.

ZWAHLEN Henri : *Des sociétés commerciales avec participation de l'Etat,* thèse Lausanne, 1935.

— « Le monopole des entreprises électriques pour les installations intérieures », *JT* 1936 I p. 226 ss.

— « Le contrat de droit administratif », *Revue de droit suisse,* 1958, II, p. 461 a ss.

Table des matières

Première partie

LA CONCESSION DE SERVICE PUBLIC

		Pages
1.	**Le service public**	13
11.	*La notion de service public en droit français*	13
111.	Définition	13
112.	Les critères du service public	14
113.	Les différents services publics en droit français	16
12.	*La transposition de la notion de service public en droit suisse*	18
13.	*Les principes régissant le fonctionnement des services publics*	19
131.	Le principe de la continuité de l'exploitation du service public	19
132.	La faculté pour chacun de pouvoir faire appel au service public	20
133.	Le principe de la mutabilité du service public ou de son adaptation aux besoins	21
2.	**La concession de service public**	23
21.	*Les conditions de validité de la constitution d'un régime de concession*	23
211.	Le droit français	23
211.1.	La liberté du commerce et de l'industrie	23
211.2.	La création de services publics	25
212.	Le droit suisse	26
212.1.	Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie	26
212.2.	Les dérogations à la liberté du commerce et de l'industrie	27
212.21.	Les régales	28
212.22.	Les monopoles de droit	28
212.23.	Les monopoles découlant de la gestion du domaine public	30
22.	*La collaboration entre l'Etat et les administrés*	30
221.	Généralités	30
222.	La concession de service public	32

Pages

223. L'entreprise d'économie mixte 33
224. L'association des groupements privés à l'accomplissement de tâches d'intérêt public 35
23. *Les services publics concédés* 38
231. Les monopoles de droit 38
231.1. Les transports par chemins de fer 38
231.2. Les transports par automobiles 40
231.3. Les transports par trolleybus 42
231.4. La navigation intérieure 43
231.5. La navigation aérienne 45
231.51. Section 1 : L'infrastructure 45
231.52. Section 2 : Le transport de personnes et de biens 46
231.6. Les transports par téléphériques, télécabines, ascenseurs et funiculaires . 50
231.7. D'autres monopoles de droit concédés 51
231.71. Les concessions fédérales accordées en vertu de la régale des télégraphes et des téléphones 51
231.72. Quelques monopoles cantonaux concédés 52
232. Les monopoles de fait 53
232.1. La distribution de l'eau 54
232.2. La distribution de l'électricité et du gaz 55
232.3. Le problème du monopole des installations intérieures 57
24. *Le contenu des actes de concessions de service public* 58
241. Les concessions de transport par chemins de fer (y compris les tramways) 58
242. Les concessions de transport par automobiles 59
243. Les concessions de navigation sur les lacs et cours d'eau 60
244. Les concessions de navigation aérienne 60
244.1. Les concessions pour l'exploitation de lignes 60
244.2. Les concessions pour l'exploitation d'un aéroport 61
245. Les concessions de distribution d'eau, de gaz et d'électricité en droit vaudois 62
245.1. Objet et étendue de la concession 63
245.2. Les obligations du concessionnaire 63
245.3. Les obligations de la commune concédante 64
245.4. Le droit de rachat des communes concédantes 64
245.5. Clause arbitrale 65
245.6. Les installations privées intérieures 66

Deuxième partie

LE RÉGIME JURIDIQUE DE LA CONCESSION DE SERVICE PUBLIC

3. **La nature juridique de la concession de service public** 71
31. *Généralités* 71

Pages

32. *La solution du droit français* 72

33. *Le droit suisse* 73

331. Les anciennes théories 73

331.1. Théories du contrat de droit privé 73

331.2. La théorie de l'acte d'autorité 73

331.3. La théorie de l'acte de droit public, créateur de droits privés 74

332. La théorie de l'acte unilatéral de droit public, soumis à l'accord de l'administré 74

333. La théorie de l'acte mixte 75

333.1. La théorie 75

333.2. Les critères de classification proposés par le Tribunal fédéral et les auteurs 77

333.3. Recherche d'une solution 79

34. *Les dispositions contractuelles de la concession* 80

341. Les clauses définissant l'objet et l'étendue de la concession 80

342. La disposition réglant la durée de la concession 81

343. Les clauses arbitrales 84

344. Les clauses prévoyant la répartition des frais d'établissement des lignes de distribution 85

345. Les clauses prévoyant les modalités de calcul de la ristourne 86

346. Les clauses réglant les modalités d'exercice du droit de rachat 87

347. Les conséquences procédurales de la distinction entre les clauses unilatérales et bilatérales 88

4. **L'octroi de la concession** 90

41. *Les autorités compétentes* 90

42. *Le pouvoir d'appréciation de l'autorité concédante* 91

43. *Le problème du droit à la concession* 94

5. **Les obligations du concessionnaire** 96

51. *Généralités* 96

52. *L'obligation d'exploiter* 97

521. L'obligation d'exploiter dans les textes légaux 97

522. L'étendue de l'obligation d'exploiter 98

522.1. Les concessions fédérales 98

522.2. Les concessions cantonales 101

53. *L'obligation de contracter et le contenu du contrat* 102

531. Généralités 102

Pages

532. L'obligation de contracter dans les textes légaux 104
533. L'étendue de l'obligation de contracter 105
533.1. L'obligation de transporter dans les textes de la concession 105
533.2. L'obligation de fourniture dans les textes de concession 109
533.21. La distribution de l'eau 109
533.22. La distribution de l'électricité 110
533.23. La distribution du gaz 111
533.3. Les limites de l'obligation de contracter 112

54. *L'obligation d'adapter le service public* 118
541. L'obligation d'adapter le service public dans les textes légaux . . . 118
542. L'obligation d'adapter le service public dans les textes de concession . 119
543. Les limites à l'obligation d'adapter le service public 120

55. *Les obligations pécuniaires* 122
551. L'obligation de payer des taxes de concession 122
552. L'obligation de payer des émoluments pour les prestations de l'autorité concédante 125
553. Les redevances dues par le concessionnaire 126
553.1. Les redevances dues par le distributeur d'électricité concessionnaire . 126
553.2. Les redevances dues par le distributeur de gaz 127
553.3. La cession gratuite d'actions ou de bons de jouissance 128

56. *Les autres obligations du concessionnaire* 128
561. La prévoyance sociale 128
562. L'obligation pour le concessionnaire de s'assurer en responsabilité civile 130
563. L'obligation de tenir compte de l'industrie du pays 131
564. Autres obligations 133

57. *La surveillance de l'autorité concédante* 134
571. Le contrôle 134
572. Les moyens de sanction 136
572.1. L'exécution par équivalent 137
572.2. Les mesures administratives 139
572.21. Le retrait de la concession 139
572.22. Les mesures contre les employés du concessionnaire 141
572.3. Les sanctions pénales administratives 142
572.4. La poursuite pour dettes 144

6. **Les droits du concessionnaire** 145
61. *Le droit d'exploiter le service public* 145
62. *Le droit de percevoir une rémunération* 146
63. *Le droit d'utiliser le domaine public* 147

Pages

64. *Le droit d'exercer des prérogatives de puissance publique* 147
641. Le droit d'exproprier 148
642. Le droit de police 149
65. *Le droit d'exploiter des services accessoires* 150
66. *Le droit à l'équilibre financier* 151
661. Définition, justification et limites du droit à l'équilibre financier en droit français 151
661.1. La théorie du fait du Prince 153
661.2. La théorie de l'imprévision 153
662. Le droit à l'équilibre financier en droit suisse 155
663. Les dispositions du chapitre VII de la loi fédérale sur les chemins de fer 157
7. **La fin de la concession** 160
71. *L'écoulement du temps* 160
711. Le concessionnaire demande le renouvellement de sa concession . . . 160
712. Le concessionnaire renonce à demander le renouvellement de sa concession ou celle-ci n'est pas renouvelée 163
72. *Le rachat* 163
73. *Le transfert de la concession* 165
731. Le transfert des concessions de transport 165
732. Le transfert des concessions de distribution d'eau, de gaz et d'électricité 168
74. Le non-commencement ou le retard dans la construction des installations, le retard dans la mise en exploitation 168
741. Les concessions de transport 169
742. Les concessions de distribution d'eau, de gaz et d'électricité 170
75. *La renonciation du titulaire de la concession* 171
76. *Le retrait de la concession* 171
77. *L'expropriation* 171
8. **Les relations juridiques entre le concessionnaire de service public et les usagers** 173
81. *La doctrine et la jurisprudence* 173
82. *Critique de l'avis de la doctrine et de la jurisprudence* 176
83. *Recherche d'une solution* 178
9. **Le contentieux dans les relations entre le concessionnaire et les usagers** 181
91. *Les moyens de droit de l'usager, en cas de refus du concessionnaire de lui fournir sa prestation* 181

Pages

91.1. La voie administrative 181
911.1. En cas de concession fédérale 182
911.2. En cas de concession relevant du droit cantonal 183
912. La responsabilité du concessionnaire 184
912.1. Le fondement de la responsabilité 184
912.2. La responsabilité du concessionnaire en cas de concession fédérale . . . 185
912.3. La responsabilité du concessionnaire en cas de concession relevant du droit cantonal 186
92. *Les contestations portant sur les rapports juridiques eux-mêmes* . . . 188

Achevé d'imprimer
sur les presses de l'Imprimerie Vaudoise
à Lausanne
le dix décembre mil neuf cent septante-sept.